

Los Impuestos a la Emigración y su compatibilidad con el Derecho Comunitario y el Derecho Internacional Tributario¹

Aurora Ribes Ribes

Profesora Titular de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de Alicante.

Este trabajo ha obtenido un Accésit en la XVIII Edición del Premio Asociación Española de Asesores Fiscales 2011.

¹ El presente trabajo se ha realizado merced a la obtención de una Beca postdoctoral para estancias en centros de investigación extranjeros, concedida por el Vicerrectorado de Relaciones Internacionales y Cooperación de la Universidad de Alicante (Resolución de 19 de abril de 2010) y disfrutada en la Katholieke Universiteit Leuven (Bélgica) del 28 de junio al 1 de agosto de 2010.

Sumario²

1. Caracterización de los impuestos a la emigración.
 - 1.1. Tipología y contenido.
 - 1.2. Finalidad y motivos de rechazo.
2. Evolución de los impuestos de salida sobre las personas físicas en los estados miembros, a la luz de la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y las directrices de la Comisión y del Consejo ECOFIN.
 - 2.1. Situación inicial.
 - 2.2. Posicionamiento de las instituciones europeas.
 - 2.2.1. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre los impuestos de salida.
 - 2.2.1.1. El Caso de *Lasteyrie* y sus implicaciones para las personas físicas.
 - 2.2.1.2. Consolidación y desarrollo de tales criterios jurisprudenciales en los Casos *N* y *Comisión contra Bélgica*.
 - 2.2.2. La Comunicación de la Comisión Europea de 2006 y la Resolución del Consejo ECOFIN de 2008.
 - 2.2.3. Reacción de los Estados miembros y problemática actual de los *exit taxes*.
3. Compatibilidad de los impuestos de salida con el Derecho Internacional Tributario.
4. La imposición a la emigración en España: Controversias planteadas por los *trailing taxes*.
 - 4.1. Medidas previstas en la legislación interna española.
 - 4.1.1. Medidas fiscales sobre la emigración respecto a las personas físicas.
 - 4.1.2. Medidas fiscales sobre la emigración respecto a las personas jurídicas.
 - 4.2. Medidas previstas en los convenios de doble imposición internacional suscritos por España.
5. Posibles soluciones y perspectivas de futuro.

2 Este trabajo se ha desarrollado en el marco del Proyecto de investigación "Derechos y garantías del contribuyente en situaciones de fiscalidad internacional y comunitaria" (DER2008-03473), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

Resumen

En los últimos años la imposición sobre la emigración ha concitado una creciente atención tanto desde foros doctrinales y gubernamentales, como desde las propias instituciones europeas. La iniciativa de diversos Estados miembros en cuanto al establecimiento de impuestos de salida ha sido corregida y matizada, a lo largo del tiempo, por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que, junto a la Comisión y al Consejo ECOFIN, han conformado un cierto modelo de actuación en este ámbito. No obstante ello, la variada tipología que presentan estos impuestos y el hecho de que su admisibilidad dependa no sólo de su adecuación a los postulados del Tratado de la Unión Europea, sino también a los principios y exigencias del Derecho Internacional Tributario, explica el carácter controvertido de muchas de estas figuras en la actualidad, así como la existencia de algunos interrogantes sobre su articulación todavía sin respuesta.

El presente trabajo se orienta al análisis de esta problemática, centrándose especialmente en la imposición a la emigración prevista en la normativa española, cuya compatibilidad con el Derecho Comunitario y el Derecho Internacional Tributario cuestionaremos, sin perjuicio de esbozar asimismo posibles soluciones futuras en esta sede.

1. Caracterización de los Impuestos a la Emigración

1.1. Tipología y contenido.

Con carácter general, la expresión “impuestos a la emigración” -que en este trabajo utilizaremos como sinónimo de “impuestos de salida” (*exit taxes*) en sentido amplio-, engloba todos aquellos gravámenes susceptibles de ser aplicados por un Estado cuando se abandona la residencia (y se renuncia a la nacionalidad, como en Estados Unidos -en adelante, EEUU-) en su territorio. Lógicamente, en los casos en los que una persona física o jurídica se traslada de una jurisdicción a otra, el Estado de la antigua residencia puede ver mermados sus ingresos tributarios, lo que explica que sean numerosas las legislaciones nacionales en las que se han establecido estos gravámenes, como medida de protección de sus fuentes de ingresos.

La imposición a la emigración presenta, no obstante, una variada tipología³, siendo posible distinguir, desde un punto de vista sistemático, las siguientes figuras:

1. Impuestos de salida (*exit taxes*) en sentido estricto: aplicados sobre las plusvalías latentes cuando se abandona la residencia (*one-time levies*). Se trata de una imposición inmediata, como consecuencia del traslado de residencia a otro Estado, de rentas ya devengadas pero pendientes de imputar.

A su vez, dentro de esta categoría cabe diferenciar entre los impuestos de salida generales (*general exit taxes*) y los impuestos de salida limitados (*limited exit taxes*). Mientras los primeros recaen sobre las plusvalías devengadas, pero todavía no obtenidas, derivadas de todo tipo de bienes, incluso en aquellos supuestos de titularidad privada de los mismos, sin que éstos formen parte de un negocio o actividad empresarial, los impuestos de salida limitados recaen únicamente sobre los incrementos derivados de determinados tipos de bienes. Como regla general, los *limited exit taxes* se aplican por parte de aquellos Estados que sólo someten a tributación las ganancias patrimoniales resultantes de ciertos bienes; en contraste con los *general exit taxes*, que suelen exaccionarse por los países que cuentan con un impuesto omnicompreensivo sobre los incrementos de patrimonio realizados.

2. *Trailing taxes* (literalmente, “impuesto perseguidor” o “que va detrás”⁴): hace referencia a los impuestos cuya finalidad es gravar la renta futura y, a diferencia de los *exit taxes*, se aplican exclusivamente después del cambio de residencia del contribuyente. Nótese, además, que frente a la exacción única del *exit tax* en el momento de abandonar la residencia, los *trailing taxes* se conciben para ser aplicados en múltiples ocasiones futuras, bajo la ficción de considerar que, durante un cierto período de tiempo, el emigrante continúa siendo residente del territorio en cuestión. Por otro lado, aparte de operarse una extensión del concepto de residencia, estas fórmulas conllevan un efectivo gravamen cuando la renta se obtiene de manera cierta; el fundamento de los *exit taxes*, en cambio, radica en el mero hecho del cambio de residencia.

3 Una pormenorizada clasificación de los impuestos a la emigración puede consultarse en: Betten, R.: “Income tax aspects of emigration and immigration of individuals”, IBFD Publications, Amsterdam, 1998.

4 Falcón y Tella, R. y Pulido Guerra, E.: “Derecho Fiscal Internacional”, Marcial Pons, 2010, p.375.

Los *trailing taxes* pueden aplicarse en un doble orden de situaciones, en función de que el ordenamiento jurídico estatal prevea el criterio de la “residencia extendida ilimitada” (*unlimited extended tax liability*), o el de la “residencia extendida limitada” (*limited extended tax liability*). En el primer caso se produce la sujeción al impuesto por la renta mundial, durante los años inmediatamente siguientes al traslado de la residencia a un paraíso fiscal o a otra jurisdicción; en la segunda hipótesis el gravamen se exige en los mismos supuestos, si bien sólo sobre determinadas rentas de fuente extranjera.

3. Métodos de recuperación (*recapture or clawback of tax deductions*): se adoptan cuando un contribuyente que disfrutó de determinadas deducciones u otros beneficios fiscales en relación con un supuesto de diferimiento (por ejemplo, planes de pensiones o planes de seguros de vida) mientras era residente en un Estado, debe proceder a la devolución de tales ventajas a resultas de la emigración, en la medida en que el Estado donde adquiere la nueva residencia estará normalmente legitimado para gravar dichas rentas diferidas, a la luz de lo dispuesto en el convenio de doble imposición internacional (en adelante, CDI) suscrito entre ambos Estados.

2.2. Finalidad y motivos de rechazo.

Teniendo en cuenta los negativos efectos fiscales que para los Estados supone la emigración, con independencia de que el criterio de conexión fijado por éstos sea la residencia o la nacionalidad, no es de extrañar que los legisladores hayan reaccionado generalizadamente en orden al establecimiento de impuestos de salida, concebidos bien como medidas protectoras (*protective measures*), bien como instrumentos para prevenir la evasión fiscal (*anti-avoidance measures*). La calificación del impuesto de salida como medida de uno u otro tipo dependerá de sus características esenciales y, en particular, si el Estado de la emigración posibilita al contribuyente la solicitud de un crédito contra el impuesto de salida como consecuencia del tributo satisfecho por el mismo objeto en el Estado de la inmigración, el impuesto de salida nunca podrá caracterizarse como medida de protección de la base imponible del primer Estado⁵.

En definitiva, la naturaleza y finalidad de los impuestos a la emigración los convierten en un instrumento de último recurso (*last-chance measure*), dirigido a preservar el ejercicio de la potestad tributaria de los Estados sobre fuentes de ingresos que, en caso contrario, pasarían a ser gravadas por el Estado de la inmigración como resultado del cambio de residencia del contribuyente.

Por lo que concierne a su ámbito de aplicación, los impuestos de salida en sentido estricto se proyectan generalmente sobre las ganancias patrimoniales derivadas de bienes muebles, tales como las acciones⁶. Encontramos impuestos de salida generales (*general exit taxes*) tanto en Canadá como en Australia, donde son aplicables desde 1972 y 1985, respectivamente. Alemania (1972), Dinamarca (1987), Austria (1994)

5 Éste es el caso de Países Bajos, Francia y Dinamarca. De Broe, L.: “Hard times for emigration taxes in the EC”, en: “A Tax Globalist. Essays in honour of Maarten J. Ellis”, IBFD Publications, The Netherlands, 2005, p.213.

6 Algún Estado miembro, como por ejemplo Suecia, ha introducido impuestos a la emigración sobre las *stock options*. En los ordenamientos jurídicos en los que las *stock options* sólo se gravarían al ejercitarse, cuando el contribuyente traslada su residencia al extranjero se entiende que aquéllas podían haberse ejercitado antes de dicha circunstancia. Véase: Malmer, K.: “Emigration taxes and EC law”, en: “The tax treatment of transfer of residence by individuals”, en Cahiers de Droit Fiscal International vol.87.b, 2002 Oslo Congress of the International Fiscal Association, Kluwer Law International, p.82.

y Países Bajos (1997) cuentan en la actualidad con impuestos de salida limitados (*limited exit taxes*), así como EEUU y Nueva Zelanda.

La importancia de otros mecanismos tendentes a luchar contra la pérdida de ingresos que comportan los cambios de residencia al extranjero, parece evidente a la vista de la previsión de distintas figuras de extensión de la residencia (*extended tax liability*) en numerosos Estados, tales como Alemania, Suecia, Finlandia, España, Italia⁷, Irlanda⁸, Reino Unido⁹, Noruega, Australia, Nueva Zelanda y Canadá. Sobre las notas distintivas de estos impuestos, así como sobre su mayor o menor compatibilidad a la luz del Derecho Comunitario y del Derecho Internacional Tributario nos detendremos en epígrafes posteriores.

Finalmente, también los métodos de recuperación (*recaptures or clawbacks*) encuentran acomodo en los sistemas fiscales de algunos Estados miembros¹⁰, como Finlandia, Alemania, Francia, Suecia, Dinamarca, Países Bajos, Bélgica y Reino Unido -además de Australia-, en calidad de disposiciones encaminadas a mantener la soberanía fiscal del Estado de la emigración, sobre todo cuando nos encontramos ante planes de pensiones y planes asegurados de vida.

Desde una perspectiva de Derecho comparado, apreciamos, sin embargo, la existencia de no pocos Estados que ignoran la emigración como posible hecho imponible¹¹ y que, consiguientemente, no contemplan medidas específicas en sus ordenamientos jurídicos dirigidas a contrarrestar la merma de ingresos fiscales resultante. En algunos casos, la razón estriba en que ni siquiera se exige en su seno un gravamen general sobre los incrementos de patrimonio, o no existe un impuesto sobre las ganancias patrimoniales derivadas de acciones, como ocurre por ejemplo en Suiza. Otras veces, pese a la aplicación de un tributo sobre las plusvalías patrimoniales obtenidas por los residentes, algunos Estados no parecen ser conscientes de las potenciales consecuencias negativas sobre su recaudación que la emigración puede acarrear, de manera que la cuestión no ha sido objeto de debate, como sucede, por ejemplo, en Brasil¹², Polonia, Corea, Japón y Perú. Incluso existen algunos Estados, como México, que pese a aplicar ya en fechas tempranas (década de los treinta) algún tipo de impuesto a la emigración, posteriormente retiraron el mismo por considerarlo no efectivo, poco práctico y de escasa utilidad como fuente de ingresos.

7 Tassani, T.: "Cambio de residencia y exit tax en el Derecho Comunitario: la experiencia italiana", en *Studi Tributari Europei* n° 1, 2009.

8 O'Hanlon, N.: "Libertad de establecimiento e imposición directa: la experiencia irlandesa", en *Studi Tributari Europei* n° 1, 2009.

9 Marrani, D.: "Exit tax en el Reino Unido", en *Studi Tributari Europei* n° 1, 2009.

10 De Broe, L.: "Hart times (...)". Ob.cit. p.214.

11 Se sigue en este punto la exposición de De Broe, L.: General report on "The tax treatment of transfer of residence by individuals", en *Cahiers de Droit Fiscal International* vol.87.b, 2002 Oslo Congress of the International Fiscal Association, Kluwer Law International, p.29; Véase también: Goldberg, S. y otros: "Taxation caused by or after a change of residence", *Tax Notes International*, 7 and 14 August 2000; Di Pietro, A.: "Pasado y futuro de los impuestos de salida", en *Studi Tributari Europei* n° 1, 2009.

12 En el caso de Brasil, se establece una ficción de residencia continuada para los emigrantes (personas físicas) durante los doce meses siguientes a la fecha de la emigración; sin embargo, dicha regla se concibe como un instrumento de control de la emigración, más que como un impuesto de salida. Van Weeghel, S.: General report on "Tax treaties and tax avoidance: application of anti-avoidance provisions", en *Cahiers de Droit Fiscal International* vol. 95a, 2010 Rome Congress of the International Fiscal Association, Sdu Uitgevers, p.23.

No obstante ello, resulta innegable que los cambios de residencia al extranjero afectan negativamente al conjunto de los Estados soberanos¹³, así como que la preocupación por articular medios que permitan garantizar la menor pérdida posible de ingresos tributarios como resultado de dicha emigración ha sido creciente en los últimos años, de manera paralela al interés que las instituciones europeas han mostrado para que dichos tributos sean acordes con los principios y libertades de los ciudadanos comunitarios. Por tal motivo, nuestro trabajo se centrará especialmente en el análisis de la evolución y posible solución de esta problemática en la Unión Europea¹⁴ (en adelante, UE), aunque sin olvidar el relevante papel que en esta sede está llamado a jugar el Derecho Internacional Tributario, fundamentalmente a través de los CDI suscritos entre los Estados miembros.

Precisamente este último dato entronca de manera directa con el cuestionamiento de los impuestos de salida y los motivos en virtud de los cuales se ha defendido su rechazo. De hecho, se ha llegado incluso a plantear si la mera circunstancia de la emigración no debería implicar, por sí misma, la anulación de cualquier tipo de derecho a gravar por parte del Estado de la antigua residencia, al menos sobre rendimientos devengados, pero todavía no obtenidos. A juicio de algunos autores¹⁵, sin embargo, tal razonamiento no puede justificarse ni desde el punto de vista del principio de territorialidad, ni con base en el principio de residencia, además de entrar en posible conflicto con el principio de igualdad de trato. Se rechaza, en esta línea, que los impuestos de salida supongan una aplicación extraterritorial de sus normas por parte de los Estados.

Con todo, los problemas generados por la exacción de estos gravámenes, bien desde la perspectiva de los contribuyentes comunitarios, que han de tributar por rentas aún no obtenidas (posible problema de liquidez), con el riesgo adicional de incurrir en una situación de doble imposición internacional, toda vez que el Estado de la emigración no tiene en cuenta la existencia o no en el nuevo Estado de residencia de medidas que graven dicha riqueza; bien desde la perspectiva de una posible violación del reparto de poder tributario en los propios tratados bilaterales, en los que el Estado de emigración podría haber renunciado a su soberanía fiscal sobre dichas rentas, a tenor de lo dispuesto en el artículo 13(5) del Convenio Modelo de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico¹⁶ (en adelante, CM OCDE), pueden traducirse en potenciales vulneraciones tanto del derecho a la libertad de movimiento consagrado en el artículo 49 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE o, simplemente, Tratado), como de las disposiciones pactadas entre los Estados contratantes mediante la suscripción de un acuerdo de doble imposición; todo lo cual impone un detenido examen de la admisibilidad o no de estas figuras desde la doble óptica del Derecho Comunitario y del Derecho Internacional Tributario.

13 Sobre la previsión de otras medidas nacionales, distintas de los impuestos de salida, para prevenir o combatir los efectos negativos de los cambios de residencia a otra jurisdicción: De Broe, L.: General report. Ob.cit. pp.30-32.

14 Para una visión más exhaustiva, que abarque el *status quo* de los *exit taxes* en países como Canadá, Australia y EEUU, pueden consultarse los informes nacionales sobre "The tax treatment of transfer of residence by individuals", en *Cahiers de Droit Fiscal International* vol.87.b, International Fiscal Association, 2002 Oslo Congress, Kluwer Law International.

15 Van Arendonk, H.: "Hughes de Lasteyrie du Saillant: crossing borders?", in: "A Tax Globalist. Essays in honour of Maarten J. Ellis", IBFD Publications, The Netherlands, 2005, p.186.

16 Convenio Modelo de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (versión vigente desde el 22 de julio de 2010).

2. Evolución de los impuestos de salida sobre las personas físicas en los estados miembros, a la luz de la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y las directrices de la Comisión y del Consejo ECOFIN.

2.1. Situación inicial.

Ciertamente, los Estados miembros han diseñado una amplia variedad de impuestos relativos a la emigración. A través del presente epígrafe no se pretende, por ello, acometer un exhaustivo análisis de su estructura, sino efectuar una somera aproximación que resulte de utilidad a los principales problemas surgidos en esta órbita. Adviértase, por otra parte, que nuestra intención es ilustrar sobre el estado de la cuestión en el ámbito europeo con carácter previo a las distintas actuaciones de las instituciones europeas al respecto y, en particular, con anterioridad a las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, TJCE) recaídas sobre la materia.

Comenzando por los impuestos de salida en sentido estricto (*exit taxes*), observamos que frente a la ausencia en algunos sistemas fiscales de mecanismos para retener la potestad de gravamen sobre las participaciones o valores de sus antiguos residentes, como es el caso de Finlandia e Italia (sólo cuando se adquiere la nueva residencia en un Estado con el que exista CDI), así como Irlanda y España (sólo en relación con residentes comunitarios o cuando se adquiere la nueva residencia en un Estado con el que exista CDI), otros Estados miembros, en cambio, prevén impuestos limitados (*limited exit taxes*) sobre determinadas situaciones de posesión de títulos valores. Así sucede en Alemania, Dinamarca¹⁷, Austria¹⁸, Países Bajos y Francia (eliminado en la actualidad), donde se exigen *limited exit taxes*¹⁹ sobre participaciones sustanciales, presentando además tales regímenes nacionales destacables similitudes.

El fundamento que subyace a la instauración de este tipo de impuestos constituye un denominador común en todos los países reseñados, y estriba en que, bien con base en su Derecho interno, bien en virtud de un CDI, tales Estados han cedido efectivamente su poder tributario sobre las ganancias patrimoniales derivadas de estas participaciones a favor del Estado de nueva residencia del accionista. En este punto, conviene adelantar que el tenor del artículo 13 CM OCDE, observado con carácter generalizado por los Estados miembros, atribuye en exclusiva la potestad de gravamen sobre las ganancias patrimoniales derivadas de la transmisión de bienes (excepto los inmuebles, activos de establecimientos permanentes, buques y aeronaves) al Estado contratante en el que el transmitente tiene su residencia, de modo que las partes pueden acogerse incondicionalmente a dicha cláusula, o sólo condicionalmente, como Países

17 El impuesto de salida danés se aplica también sobre participaciones no sustanciales de accionariado, siempre y cuando se mantengan durante al menos tres años, así como sobre determinadas deudas e instrumentos financieros. El régimen aplicable sobre las deudas reclamadas no permitía el aplazamiento de pago. De Broe, L.: General report. Ob.cit. p.36.

18 Föhls, B. y Heidenbauer, S.: "El cambio de residencia en el ordenamiento jurídico austriaco: aspectos mercantiles y fiscales", en Studi Tributari Europei nº 1, 2009.

19 También en Noruega se debatió, a principios de los años noventa, sobre la deseable introducción de un impuesto de salida sobre las acciones, aunque finalmente éste no prosperó, aduciendo posibles dificultades de liquidez del contribuyente, posibilidad de realizar el valor de las acciones a un precio inferior, así como eventuales problemas de cumplimiento y valoración. De Broe, L.: General report. Ob.cit. p.36.

Bajos y Austria, incluyendo una disposición con arreglo a la cual el derecho a gravar los incrementos de patrimonio obtenidos por antiguos residentes es retenido por el Estado de su anterior residencia durante un cierto período de tiempo con posterioridad a la emigración. Cabe afirmar, en consecuencia, que estos Estados perciben los cambios de residencia a una jurisdicción carente, o con un mínimo gravamen sobre las ganancias patrimoniales resultantes de las participaciones, como abusos fiscales motivados²⁰. De acuerdo con ello, los impuestos de salida se conciben en este ámbito como una medida de protección (*protective measure*) de último recurso, pero también como una cláusula tendente a prevenir cambios fiscales abusivos de residencia por motivaciones fiscales (*anti-avoidance measure*).

Por lo que concierne a la aplicación del impuesto de salida, se opera bajo la ficción de disposición de las acciones a precio de mercado en la fecha en que se produce el cambio de residencia, sujetándose a tributación la ganancia patrimonial susceptible de generarse por diferencia entre su valor de adquisición y su valor de transmisión. Como subraya De Broe²¹, la terminación de la residencia provoca la aplicación del impuesto de salida por parte del Estado de la emigración, sin perjuicio de que en algunos casos, como sucede en Alemania, Dinamarca y Países Bajos, se exijan también estos impuestos cuando el no residente ha adquirido tal condición en virtud de la *tie-breaker rule* prevista en el correspondiente CDI.

Asimismo, resulta constatable que, con carácter general, los impuestos de salida recaen exclusivamente sobre sujetos que han disfrutado de una residencia prolongada en el Estado en cuestión, considerándose como tal los períodos comprendidos entre cinco y diez años de permanencia. Buena muestra de ello son los impuestos de salida contemplados en los ordenamientos alemán, danés, francés, y neerlandés. En este último caso, empero, se grava también a los residentes “de corta duración” (período inferior a ocho años), aunque sólo en la hipótesis de que detenten una participación sustancial en sociedades de los Países Bajos²². La determinación de este último extremo ha sido objeto de modificaciones diversas por parte de los Estados, pues mientras unos han ampliado de forma significativa el porcentaje accionario necesario para hablar de “participación sustancial”, otros, sin embargo, lo han reducido, dando lugar a diferencias notables según los ordenamientos jurídicos implicados.

Otro aspecto de indudable relevancia y sobre el que se focalizan, como veremos más adelante, buena parte de los argumentos y consideraciones del TJCE, radica en el hecho de que mediante el impuesto de salida limitado se somete a tributación al contribuyente antes de que éste haya obtenido renta efectiva alguna de los bienes de que se trate. Esta cuestión ha merecido un tratamiento diverso en cada Estado miembro²³: en Alemania²⁴, por ejemplo, el pago puede realizarse a lo largo de cinco años. Se devengan intereses por el principal pendiente y debe prestarse una garantía, si bien se prevé el reembolso del impuesto en caso de que el emigrante vuelva a adquirir el *status* de residente en Alemania en el plazo de cinco años; desde 2000, en Austria²⁵ el contribuyente puede obtener un aplazamiento hasta la efectiva realización del valor de

20 De Broe, L.: General report. Ob.cit. p.37.

21 De Broe, L.: General report. Ob.cit. p.37.

22 De Broe, L.: General report. Ob.cit. p.38.

23 Véase, sobre este extremo: De Broe, L.: General report. Ob.cit. p.39.

24 Malmer, K.: “Emigration (...)”. Ob.cit. p.81.

25 La compatibilidad del *exit tax* austriaco con el Derecho Comunitario fue cuestionada, ya desde un principio, por un sector doctrinal que reclamó su adecuada modificación. Tumpel, M.: “Austria”, en *European Taxation Journal* vol.40, nº 1, 2000, pp.33 y 34.

las acciones, siempre y cuando transfiera su residencia dentro del ámbito de la UE o del Área Económica Europea (en adelante, AEE); por su parte, Dinamarca otorga asimismo la posibilidad de aplazar el pago (con intereses), hasta la obtención de la ganancia patrimonial o el fallecimiento del accionista -lo que ocurra primero-, partiendo de la base del previo ofrecimiento de la oportuna garantía. La responsabilidad tributaria desaparece si el emigrante recupera la residencia danesa y todavía detenta las acciones. Conviene destacar que Dinamarca supone la excepción que confirma la regla general, en la medida en que es el único Estado miembro que posibilita la minoración de la base imponible que configura la ganancia patrimonial, en aquellos supuestos en los que finalmente las acciones se transmiten por un precio inferior²⁶. Ningún otro ordenamiento en el contexto europeo arbitra disposiciones relativas a la posible minoración de valor del activo en cuestión entre la fecha de la emigración y la de su posterior venta.

Habiéndose prestado la garantía pertinente, en Países Bajos²⁷ únicamente se lleva a cabo una pre-liquidación (todavía no debida) durante un período de diez años, sin exigencia de intereses. Tal liquidación se transforma en definitiva y, por tanto, exigible, si las acciones se enajenan o tiene lugar cualquier otra transmisión semejante, como puede ser la liquidación de la sociedad, dentro del citado plazo de diez años. Por el contrario la pre-liquidación pierde su eficacia cuando transcurrido dicho período, el emigrante mantiene su participación accionarial. Este método de pre-liquidación es también el empleado en Francia²⁸, a condición de que se preste garantía suficiente y se designe un representante francés. Tal liquidación se mantiene en vigor durante cinco años, imponiéndose con carácter efectivo si las acciones se transmiten o si se produce alguna circunstancia similar, como la liquidación antes mencionada de la sociedad, dentro del plazo quinquenal. En contraste, la pre-liquidación pierde toda eficacia si, expirado dicho lapso de tiempo, el emigrante conserva las acciones, o bien retorna a Francia y readquiere la residencia en este territorio dentro del plazo de cinco años, sin haber enajenado hasta entonces las acciones.

En definitiva, con carácter general los *exit taxes* existentes en la UE se devengan como consecuencia del cambio de residencia al extranjero, con independencia de los motivos (laborales, fiscales, personales, etc) subyacentes a dicho traslado e incluso del régimen tributario aplicable en el Estado de la inmigración. A mayor abundamiento, salvo en Austria, la imposición a la emigración opera sin tener en cuenta el hecho de que el Estado cuya residencia se abandona, haya podido ceder su poder de sujeción a favor del otro Estado, ya sea de acuerdo con su legislación doméstica, ya al amparo de un CDI entre ambos²⁹. Tal planteamiento conlleva que, en líneas generales, los impuestos de salida se construyan sobre la asunción de que el mero cambio de residencia implica un abuso en sí mismo, cuya prueba en contrario no está permitida al contribuyente.

Al margen de los impuestos de salida en sentido estricto (*exit taxes*), otros Estados miembros que desconocen la emigración como hecho imponible, prevén sin embargo reglas que extienden unilateralmente su potestad de gravamen sobre el contribuyente durante un cierto período tras el cambio de residencia.

26 Malmer, K.: "Emigration (...)". Ob.cit. p.82.

27 Sobre la legislación neerlandesa en este punto, véase con más detalle: Zijldendorp, B.: "The N case: the European Court of Justice sheds further light on the admissibility of exit taxes but still leaves some questions unanswered", en EC Tax Review vol.16, n° 1, 2007, pp.5 y 6.

28 Malmer, K.: "Emigration (...)". Ob.cit. pp.81 y 82; Valat, A.: "Preliminary ruling requested from the ECJ as to whether the French exit tax is compatible with the freedom of establishment", en European Taxation Journal vol.42, n° 5, 2002, p.196.

29 De Broe, L.: "Hard times (...)". Ob.cit. p.213.

Nuestro país, por ejemplo, aplica desde 1999 una medida de extensión ilimitada de la residencia en relación con las personas físicas de nacionalidad española que, siendo residentes en España, trasladen su residencia a países o territorios considerados como paraísos fiscales, conforme al listado incluido en el Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio (en adelante, RD 1080/1991). Este *trailing tax*, previsto en el artículo 8.2 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la renta de las personas físicas (en adelante, LIRPF), despliega su eficacia durante el ejercicio en el que se produce el cambio de residencia y los cuatro períodos impositivos siguientes, en los que el sujeto no perderá su condición de contribuyente en España por el IRPF. Nótese que el mencionado Real Decreto incluye territorios como Gibraltar o Chipre que, no obstante, pertenecen al ámbito de la UE, con los consiguientes problemas que de ello se derivan. Con todo, la disposición española más controvertida en este terreno es la que alberga el artículo 14.3 LIRPF, por cuanto la regla de imputación temporal de rentas que articula, con proyección sobre todos los casos de cambio de residencia, no supone sino una *limited extended tax liability* que podría considerarse contraria a las libertades comunitarias.

También la legislación sueca³⁰ contempla medidas que implican la extensión limitada del concepto de residencia, motivo por el cual se halla entre los países a los que la Comisión Europea ha dirigido sus advertencias, encontrándose incurso en la actualidad en un procedimiento por posible infracción del Derecho Comunitario, sobre el que nos detendremos en las líneas que siguen.

Llegados a este punto, procede efectuar algunas reflexiones iniciales, al objeto de centrar el tema y plantearnos si la heterogénea previsión de impuestos a la emigración en el seno de los Estados miembros, puede conculcar o no las libertades proclamadas en el TFUE. La respuesta a tal interrogante exige necesariamente que contestemos a otras dos preguntas, cuales son, respectivamente, si los impuestos de salida se orientan o no al cumplimiento de una finalidad legítima, que justificaría cualquier restricción; y, en caso afirmativo, si dicha imposición resulta o no proporcionada para alcanzar el citado fin.

Como es sabido, la doctrina del TJCE ha configurado las cuatro libertades económicas consagradas en el TFUE como fundamentales para la consecución del Mercado Único, de lo que cabe colegir que las mismas impiden la promulgación por los Estados miembros de normativas que obstaculicen o puedan hacer menos atractivo el ejercicio de tales libertades. Desde este prisma, es posible avanzar, en consecuencia, que los impuestos a la emigración, en la medida en que disuaden a los ciudadanos de trasladar su residencia a otro Estado miembro, comportan, *a priori*, una verdadera restricción de las libertades comunitarias³¹.

Partiendo de este dato, sería necesario clarificar si dichos impuestos se encuentran justificados, lo que implica determinar si persiguen un objetivo legítimo y, en tal supuesto, si se reputan o no proporcionados para alcanzar el mismo. Como es obvio, no cabe responder a esta cuestión de manera general, atendida la diversa pluralidad de impuestos a la emigración existentes, así como las distintas circunstancias en las que éstos se aplican, siendo necesario, antes bien, descender al concreto análisis de cada caso. A esta tarea nos dedicaremos con posterioridad, al hilo del examen de los tres pronunciamientos que el TJCE ha dictado en esta sede hasta la fecha.

30 Malmer, K.: "Emigration (...)". Ob.cit. p.81.

31 En este sentido, las Conclusiones del Abogado General Tesauro, al poner de relieve que toda disposición de un Estado miembro que limita la salida de contribuyentes de su territorio, entra dentro del ámbito de aplicación de la prohibición. Caso 264/96 (ICI plc), Conclusiones del Abogado General Tesauro, pp.15-18. Asimismo: Malmer, K.: "Emigration (...)". Ob.cit. p.87.

No obstante ello, creemos conveniente anticipar algunas consideraciones al respecto, que nos sirvan como premisas generales a tener en cuenta a lo largo de nuestro estudio. En relación con el logro de un objetivo legítimo, entendido como posible motivo de justificación de la restricción, las diferentes formas de extensión de la residencia, cuyo fundamento parece residir en un planteamiento combinado de compensación y medida anti-abuso, puesto que su aplicación suele condicionarse a una menor tributación en el Estado de la nueva residencia, suscitan inequívocamente muchas dudas desde la perspectiva comunitaria. En particular, cabe hacer hincapié en que el fin legítimo al que pretendidamente se orienta una medida en esta órbita, debe circunscribirse a garantizar el correcto ejercicio del poder tributario sobre sus contribuyentes residentes, por la vía del aseguramiento del gravamen de las ganancias devengadas antes de la emigración, o de la salvaguarda de la coherencia del sistema tributario³², si bien incluso en algunas de estas situaciones puede dudarse sobre la compatibilidad o no de tal finalidad con el ordenamiento comunitario³³. En este orden de cosas, también los impuestos de salida en sentido estricto, concretamente los que se proyectan sobre las pensiones o sobre ciertos incrementos de patrimonio, resultan, cuanto menos, cuestionables. El tema cambia, empero, cuando nos referimos a los métodos de recuperación (*recaptures or clawbacks*), bien entendido que en esta hipótesis el impuesto a la emigración consistente en exigir la devolución, puede justificarse, a nuestro juicio, en el disfrute de un beneficio fiscal, que el cambio de residencia a otro Estado convierte en indebido y, por ende, en objeto de obligada devolución.

Por último, suponiendo que el objetivo perseguido por el impuesto a la emigración se considere legítimo, debería poderse demostrar que las específicas medidas arbitradas para llevar a cabo tal gravamen son proporcionadas al fin en cuestión. La jurisprudencia del TJCE se ha revelado muy estricta en este punto, lo cual deviene relevante sobre todo si recordamos que los impuestos de salida en sentido amplio suelen articularse como cláusulas anti-abuso. El carácter proporcional o no de tales cláusulas derivará, en particular, de su necesidad o no para conseguir el fin indicado, terreno éste en el que debe prestarse atención al Derecho Comunitario secundario y, especialmente, a los cauces de cooperación inter-administrativa que, al servicio de los Estados miembros, se diseñan en las correspondientes Directivas sobre intercambio de información y asistencia en materia de recaudación tributaria.

De conformidad con ello, una primera conclusión debe ser que si la finalidad de la imposición a la emigración redundando exclusivamente en asegurar la realidad del pago, tales impuestos carecen de justificación válida y, toda vez que constituyen una vulneración no justificada de las libertades comunitarias, deben considerarse incompatibles con éstas y suprimirse o modificarse en sus respectivos ordenamientos estatales. Sin embargo, la panorámica de los impuestos de salida que ofrecimos en líneas anteriores permite constatar que, en la mayoría de los casos, la motivación subyacente a este tipo de impuestos trasciende la mera operatividad recaudatoria, de manera que el análisis dirigido a dilucidar la proporcionalidad o no de tales medidas se torna más complejo, debiéndose valorar, entre otros factores³⁴, los siguientes: a. En el caso de impuestos de salida sobre ganancias patrimoniales derivadas de bienes muebles, como por ejemplo

32 Tradicionalmente, el TJCE se ha mostrado reticente a admitir justificaciones generales de tal restricción, rechazando determinados argumentos de los Estados miembros, como por ejemplo: la necesidad de tener en cuenta, dada la inexistencia de armonización fiscal, las diferencias entre las normativas nacionales; el riesgo de fraude o evasión fiscal; la protección de los ingresos tributarios como fundamento para el establecimiento de mecanismos compensatorios, etc. De Broe, L.: General report. Ob.cit. p.74.

33 Malmer, K.: "Emigration (...)". Ob.cit. p.88; De Broe, L.: General report. Ob.cit. p.74.

34 Malmer, K.: "Emigration (...)". Ob.cit. p.90; De Broe, L.: General report. Ob.cit. p.76.

las acciones, ¿permiten tales reglas tomar en consideración la disminución de valor de los títulos tras la emigración?; b) ¿Prevé el Estado impositor el aplazamiento de pago hasta la transmisión real de las acciones?; c) ¿Se contempla la compensación de las pérdidas patrimoniales con las ganancias obtenidas?; d) En los casos de retención sobre los dividendos distribuidos durante el período al que se refiere el impuesto, ¿establece el Estado de la emigración la posibilidad de deducir tal retención en el importe de la pre-liquidación practicada?; e) ¿Existe simetría en las medidas a aplicar, en relación con los supuestos de inmigración?; f) ¿Ha adoptado el Estado miembro de la emigración medidas para garantizar la ausencia de doble imposición internacional como resultado del gravamen aplicado?

Se evidencia, por consiguiente, que la admisibilidad de este tipo de impuestos, cuestionable a primera vista tanto desde los postulados comunitarios como, desde una perspectiva más amplia, en términos de respeto a los tratados de doble imposición vigentes internacional, no puede ser acreedora de una respuesta unívoca. Antes al contrario, las distintas formas que adoptan los impuestos a la emigración en la UE y sus peculiaridades a la hora de ser aplicados, requieren un análisis caso por caso.

2.2. Posicionamiento de las instituciones europeas.

2.2.1. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre los impuestos de salida.

2.2.1.1. El Caso de *Lasteyrie* y sus implicaciones para las personas físicas.

El asunto cuyo análisis nos ocupa versa sobre el impuesto de salida francés instaurado novedosamente en dicho sistema fiscal en 1998. Partiendo de la base de que las ganancias patrimoniales derivadas de acciones están sujetas a gravamen cuando se obtienen por residentes en Francia, a través del Impuesto sobre la renta de las personas físicas, se pretendió gravar también tales incrementos de patrimonio en los supuestos de cambio de residencia del contribuyente a otro Estado, en los que tal manifestación de capacidad económica no fuera sometida a imposición de manera similar. La medida suscitó opiniones encontradas ya desde su debate en el Parlamento, alzándose voces que incluso vaticinaban su posible violación del Derecho Comunitario³⁵.

Ciñéndonos al Derecho interno, el artículo 167 bis del *Code général des impôts* disponía la sujeción a gravamen de los emigrantes, que hubieran residido al menos seis años en Francia durante los diez anteriores, por las ganancias patrimoniales latentes resultantes de participaciones sustanciales que detentaran en el momento de la emigración en sociedades francesas o extranjeras. La base imponible venía constituida por la diferencia entre el valor de mercado de las acciones en la fecha del cambio de residencia y su precio de adquisición, girándose sobre la misma un tipo de gravamen del 26% (16%, incrementado en un 10% de impuesto social). A estos efectos, se consideraba que existía una participación sustancial cuando el accionista poseía, de forma directa o indirecta, conjuntamente con su cónyuge y descendientes directos, o había poseído en cualquier momento durante los cinco años

35 Groux, J.: "L'exit tax de l'article 167 bis du CGI, mise à mal par la Court de Justice de Luxembourg, a-t-elle encore un avenir?", en *Bulletin Fiscal* 05/04, p.301; Mbwa - Mboma, M.: "Exit tax - France combats individuals leaving France for tax purposes", en *Tax Planning International* vol.26, n° 11, 1999, pp.8-10; De Luca, P. y Starita, M.: "Le exit taxes: profili di incompatibilità con l'ordinamento comunitario", en *Giurisprudenza delle imposte*, 2004, p.1129; Thoemmes, O.: "French exit taxation for individuals violates EC Treaty", en *Intertax* vol.32, n° 6/7, 2004, pp.343 y 344.

precedentes a la emigración, una participación igual o superior al 25% en una sociedad residente o no en territorio francés.

No obstante ello, se preveía la posibilidad de otorgar el aplazamiento de pago de manera automática, previo cumplimiento de los siguientes requisitos: 1. La cumplimentación de una declaración de la ganancia patrimonial y de una devolución tributaria dentro de los treinta días anteriores al traslado de residencia; 2. La solicitud formal del aplazamiento y la designación de un representante con vistas a recibir las notificaciones de la Administración Tributaria; 3. El ofrecimiento de constitución de garantía, como por ejemplo, depósito en efectivo, Deuda pública francesa o aval bancario, al menos ocho días antes de la fecha de la emigración.

Si el aplazamiento de pago se concedía, el impuesto de salida sólo resultaba exigible cuando las acciones se enajenaban efectivamente, o bien se realizaba su valor de otra forma. En esta línea, se exigía la presentación de una declaración informativa anual ante las autoridades tributarias francesas, en orden a probar la no disposición de las acciones. En el caso de que la ganancia ulteriormente obtenida tras la emigración fuera inferior a la que se declaró, el impuesto francés era reducido de modo proporcional. Asimismo, la posible doble imposición internacional generada se resolvía mediante el método de imputación (*reverse credit*) consistente en deducir del impuesto francés el importe satisfecho por idéntico objeto en el Estado de la inmigración.

La realidad de que tal medida tenía por finalidad contrarrestar cambios abusivos de residencia de personas físicas a otro Estado con la intención de evitar la imposición francesa sobre las ganancias patrimoniales, se ponía de manifiesto, de hecho, en la limitación temporal de la sujeción a gravamen del emigrante. En concreto, el impuesto de salida no se exigía si las acciones se vendían transcurridos más de cinco años desde el cambio de residencia, o si el contribuyente recobraba de nuevo la residencia en Francia durante ese plazo. En ambos casos, los costes en los que hubiera incurrido el sujeto al objeto de constituir la garantía eran reembolsados.

Cabe destacar la influencia que de los principios del Derecho Internacional acusan los redactores de tal normativa³⁶. Se advierte, en este sentido, que el Parlamento francés prefirió configurar el impuesto por razón del cambio de residencia, a pesar de que el objetivo pretendido se hubiera logrado exactamente igual por la vía de introducir una extensión temporal del derecho a gravar dichas ganancias de capital obtenidas por antiguos residentes, durante un periodo de cinco años. Esta última medida, sin embargo, hubiera a buen seguro entrado en colisión con la mayoría de los tratados bilaterales de doble imposición concluidos por Francia, que como regla general observan lo dispuesto en el CM OCDE. A la inversa, la estrategia diseñada permite concebir el impuesto de salida como una pura situación doméstica, al integrarse el hecho imponible no por la disposición de las acciones, sino por el traslado de residencia del contribuyente en sí mismo considerado. O lo que es igual, se predica, al amparo de este sistema, que el gravamen surge formalmente antes de que el sujeto emigre, motivo por el cual -teóricamente- la amplia red de acuerdos internacionales en materia de doble imposición con la que cuenta el Estado francés no afectaría y/o no se vería afectada por la aplicación de las normas internas.

Descendiendo ahora a los hechos enjuiciados, observamos que el *exit tax* en cuestión fue aplicado a

36 Valat, A.: "Preliminary (...)". Ob.cit. p.196.

un nacional francés, *Hughes de Lasteyrie du Saillant*, que optó en 1998 por transferir su residencia a Bélgica³⁷, habiendo detentado en los cinco años anteriores a dicho traslado, directa o indirectamente, junto con sus familiares, un 25% o más de las acciones de una sociedad francesa. En desacuerdo con tal gravamen, el contribuyente recurrió la decisión de las autoridades tributarias y solicitó la anulación de la citada liquidación ante el *Conseil d'État* (en adelante, TS francés), esgrimiendo el argumento de que tal impuesto era contrario a la libertad de establecimiento proclamada en el actual artículo 49 TFUE (antiguo artículo 43). El 14 de diciembre de 2001, el TS francés decidió plantear cuestión prejudicial³⁸ ante el TJCE, al amparo del artículo 267 (antiguo artículo 234) del Tratado.

En este extremo, conviene recordar que dada la ausencia de armonización de la imposición directa en el seno de la UE, la regulación sobre tal materia compete de manera exclusiva a los Estados miembros, si bien no es menos cierto, como ha precisado el TJCE en reiteradas ocasiones, que éstos han de ejercitar su poder tributario en este campo con pleno respeto a los principios y libertades del Derecho Comunitario. Así las cosas, aunque los ordenamientos nacionales puedan gravar las ganancias patrimoniales devengadas en su territorio, deben asegurarse de que con ello no restringen el ejercicio de la libertad de movimiento de los individuos, a través de la imposición de cargas adicionales sobre aquéllos que cambian su residencia a otro Estado miembro, en comparación con los que permanecen en su territorio.

Como es sabido, el Derecho Comunitario garantiza la libre circulación de bienes, personas, servicios y capitales en el seno de la UE. Los artículos 45 (antiguo artículo 39) y 49 TFUE albergan, respectivamente, la libre circulación de trabajadores y la libertad de establecimiento, como concreción específica del principio de libre circulación de personas. Conforme a la jurisprudencia consolidada del Alto Tribunal, sin embargo, una medida interna que obstaculice o impida el desarrollo de tales libertades puede ser compatible con el Derecho Comunitario, si en ella concurren cuatro presupuestos³⁹: 1. Que se aplique de modo no discriminatorio; 2. Que se encuentre justificada por exigencias imperativas a favor del interés general; 3. Que sea adecuada para la consecución del objetivo al que se orienta; 4. Que no vaya más allá de lo necesario en orden a alcanzar dicho fin. Por consiguiente, como señalamos con anterioridad, una medida interna (no discriminatoria) puede resultar acorde con el Derecho Comunitario

37 Es importante subrayar que el ordenamiento tributario belga no sujeta a gravamen los incrementos patrimoniales derivados de las acciones en sociedades residentes fuera de Bélgica, presupuesto éste que legitima al Estado francés, según el artículo 167.bis antes citado, para exigir el *exit tax*.

38 A la vista de las dudas objetivas derivadas de los argumentos del demandante, el Abogado del Estado (*Commissaire du Gouvernement*) recomendó al TS francés remitir el asunto ante el Tribunal de Luxemburgo para resolver la cuestión prejudicial. Las razones aducidas (con buen criterio y notable visión del conjunto del problema, a nuestro parecer) por el Abogado del Estado, fueron las siguientes: a. La absoluta novedad del caso, que propiciaría la posibilidad de obtener un criterio oficial sobre la legitimidad del impuesto de salida desde el punto de vista de la evasión fiscal; b. La conveniencia de suscitar un debate a nivel europeo, en el que la Comisión se viera obligada a posicionarse oficialmente. De hecho, hasta la fecha, ninguno de los impuestos a la emigración contemplados en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros habían sido objeto de un proceso de infracción por parte de la Comisión; c. El objetivo de motivar una discusión sobre la armonización de la imposición directa, que parece ser el camino adecuado para restaurar la soberanía que se ha perdido en el nivel nacional. La opinión del *Commissaire du Gouvernement*, Guillaume Goulard, puede consultarse en: *Revue de Droit Fiscal* n° 12, 2001, p.532; Olléon, L.: "Exit l'exit tax", en *Revue de Jurisprudence Fiscale* n° 5, 2004, p.347; d'Onorio di Meo, E.: "L'exit taxation a l'épreuve de la jurisprudence de la Court de Justice des Communautés Européennes", en *Revue de Fiscalité Européenne et de Droit International des Affaires* n° 136, 2004.

39 Véase, entre otras: STJCE de 31-marzo-1993, Asunto C-19/92, *Dieter Kraus v. Land Baden-Württemberg* (párrafo 32); STJCE de 30-noviembre-1995, Asunto C-55/94, *Reinhard Gebhard v. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano* (párrafo 37); y, STJCE de 9-marzo-1999, Asunto C-212/97, *Centros Ltd. V. Erhvervs-og Selskabsstyrelsen* (párrafo 34).

si cuenta con la cobertura de una justificación cualificada y, a su vez, supera el estricto control de proporcionalidad llevado a cabo por el Alto Tribunal. Sin perjuicio de ello, es necesario resaltar que en el ámbito de la imposición directa, son infrecuentes los casos⁴⁰ en los que el TJCE ha admitido la validez de disposiciones internas que hubieran sido inicialmente cuestionadas por contravenir alguna de las libertades fundamentales.

Sentadas tales premisas, nos hallamos en disposición de examinar la Sentencia de *Lasteyrie*⁴¹, en el convencimiento de que si bien la misma se refiere a los hechos y circunstancias particulares del asunto en cuestión, la interpretación del Derecho Comunitario que el Tribunal de Luxemburgo lleva a cabo al hilo de la misma, permite extraer conclusiones de carácter general para los impuestos a la emigración⁴². De ahí la conveniencia de ahondar en sus razonamientos, con el ánimo de inferir pautas de actuación que guíen a los Estados miembros en la futura configuración de este tipo de impuestos, si es que su articulación en la órbita comunitaria es todavía posible.

El pronunciamiento del TJCE declaró el *exit tax* francés incompatible con la libertad de establecimiento contenida en el artículo 49 TFUE, confirmando esencialmente las Conclusiones del Abogado General, Jean Mischo, formuladas el 13 de marzo de 2003. Se aprecia, en todo caso, que mientras los Gobiernos de Dinamarca y Países Bajos concentraron su defensa en la naturaleza no restrictiva del impuesto analizado, el Gobierno francés, en contraste, tan sólo adujo justificaciones del mismo. Al objeto de negar su carácter restrictivo, se argumentó la previsión en la normativa interna de un aplazamiento del pago si se aportaba garantía, así como la posibilidad de inaplicación final del impuesto en la hipótesis de que no se realizara el valor de los títulos durante los cinco años siguientes al cambio de residencia. En respuesta a ello, el Abogado General rechazó tal planteamiento, señalando que el ejercicio de una libertad fundamental puede también verse restringida por el mero hecho de hacerlo menos atractivo, tal y como apuntó el TJCE en el Asunto *Baars*. En esta dirección, resulta constatable que la regulación del impuesto de salida de francés no sólo resta atractivo, sino que introduce una diferencia de trato contraria al artículo 49 TFUE. Y ello es así, desde el momento en el que no se imprime carácter automático al aplazamiento y, además, se condiciona la concesión del mismo a la necesidad de cursar una solicitud, designar un representante fiscal y presentar una declaración sobre la no disposición de los títulos, conduciendo el mero retraso en el cumplimiento de dichas obligaciones a la pérdida del aplazamiento indicado.

40 Constituyen una excepción a esta regla: la STJCE de 28-enero-1992, Asunto C-204/90, *Hanns-Martin Bachmann v. State of Belgium*, y la STJCE de 28-enero-1992, Asunto C-300/90, *Commission v. Belgium*.

41 STJCE de 11-marzo-2004, Asunto C-9/02, *Hughes de Lasteyrie du Saillant v. Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*. El presente pronunciamiento fue ampliamente comentado en la doctrina: Romano, C.: "Sull'illegittimità delle imposizioni fiscali connesse al trasferimento di residenza all'interno dell'Unione Europea", en *Rassegna Tributaria*, 2004, p.1291; Lupi, R. y Balancin, A.: "Coerenza del sistema fiscale e Corte di Giustizia Europea", en *Dialoghi di Diritto Tributario*, 2004, p.1537; Pizzoni, B.E.: "La compatibilità delle exit tax con el Diritto Comunitario", en *Rivista di Diritto Tributario* n° 2, 2005, pp.38-45; Almudi Cid, J.M.: "STJCE 11.3.2004, Hughes de Lasteyrie du Saillant, As. C-9/02: Límites comunitarios al establecimiento de tributos vinculados al traslado de residencia fiscal a otros Estados miembros", en *Crónica Tributaria* n° 120, 2006, pp.205-211; Marchessou, Ph.: "El 'exit tax' en el Derecho francés, a la luz del caso 'Lasteyrie du Saillant'", en *Studi Tributari Europei* n° 1, 2009.

42 Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee on "Exit taxation and the need for co-ordination of Member States' tax policies". COM(2006)825 final. Brussels, 19.12.2006, p.3.

En este orden de cosas, tres fueron las argumentaciones⁴³ sostenidas por los Gobiernos nacionales a fin de legitimar la exacción del impuesto francés: 1. La “pérdida de ingresos tributarios” como fundamento de la norma, esgrimida por el Gobierno de Dinamarca, fue descartada por el Abogado General en la medida en que, al constituir un objetivo puramente económico, no puede considerarse una razón primordial de interés público y, en consecuencia, nunca puede justificar una restricción, de conformidad con la doctrina consolidada del TJCE; 2. La “eficacia del control tributario” señalada por el Gobierno francés concentró una mayor atención, pues, ciertamente, la medida se introdujo para combatir prácticas elusivas de nacionales residentes en Francia, que trataban de evadir la tributación sobre las ganancias patrimoniales a través de la deslocalización de su residencia. Al amparo del artículo 13(4) (actualmente, artículo 13(5)) de los convenios de doble imposición firmados por Francia que, como se ha dicho, observan el CM OCDE, tal evasión era factible, toda vez que al atribuirse en exclusiva al Estado de la residencia el poder de gravar dichas rentas, la emigración significaba no sólo privar a Francia de tales ingresos -motivo por el cual se activaba el *exit tax*- sino también, en el caso de que el nuevo Estado de residencia no contemplara la imposición de tal riqueza, posibilitar a todas luces situaciones de ausencia total de gravamen. En esta línea, el impuesto de salida representaba el último recurso de que disponía el Estado de origen para gravar las citadas ganancias sin infringir con ello sus competencias convencionales. Idéntica finalidad de política tributaria motivó el establecimiento de impuestos similares en otros ordenamientos jurídicos, como por ejemplo el alemán.

Aunque en un principio el hecho de que la utilización fraudulenta de la libertad proclamada en el TFUE, en conjunción con otras circunstancias concurrentes ya aludidas, se consideró susceptible de constituir una justificación válida de la restricción, finalmente fue rechazada atendiendo a las características particulares del asunto examinado. En concreto, el Abogado General puntualizó que al concebir la norma francesa como imponible sobre cualquier traslado de un Estado a otro, no hacía sino diseñar una presunción irrefutable de evasión fiscal que, lógicamente, resulta inaceptable. Huelga afirmar, en este sentido, que el establecimiento de un contribuyente en otro Estado no comporta, *per se*, la comisión de un fraude, recayendo en todo caso el deber de probar tal defraudación sobre las propias autoridades tributarias caso por caso. El argumento relativo a la “eficacia en el control del poder tributario” se calificó, a la vista del tenor literal de la disposición francesa, como no proporcionado al efecto.

3. La coherencia fue aducida por el Gobierno neerlandés como justificación de la exigencia del *exit tax* francés. Desde su punto de vista, el aplazamiento del pago sólo se concedía en los supuestos de ulterior gravamen efectivo por parte de Francia sobre el incremento patrimonial resultante de las acciones. Dicha posibilidad de retrasar el pago se hallaba íntimamente ligada a la tributación de la misma riqueza en el futuro, y se justificaba al no ser posible para el Estado de la emigración desplegar el poder de imposición una vez se había producido el cambio de residencia.

En discrepancia con ello, el Abogado General matizó, en primer término, que el traslado de residencia no significa que se evada la recaudación y, en segundo lugar, que el desigual trato entre residentes y futuros no residentes no puede ser considerado como una anticipación del impuesto debido, porque el contribuyente que se establece en el extranjero durante más de cinco años queda, en cualquier caso, fuera del ámbito de aplicación del impuesto de salida. Se demuestra, en definitiva, que no es

43 Kotanidis, S.: “French exit tax incompatible with the freedom of establishment”, en *European Taxation Journal* vol.44, nº 8, 2004, pp.377 y 378.

el principio de coherencia el que subyace a esta medida, observándose asimismo que este gravamen sobre los no residentes no se acomoda a la política seguida por Francia en el terreno convencional y, en particular, por lo que atañe al CDI franco-belga, lo que sin duda implica una contradicción del principio de coherencia.

Una reflexión destacable fue la realizada por Alemania, que puso el acento en el dato de que el régimen de los impuestos de salida, en el fondo, no constituye sino un mecanismo de distribución de la potestad tributaria entre los Estados miembros. Concretamente, tales disposiciones pretenden asignar al Estado de la emigración el poder de imposición sobre las ganancias de capital que, en esencia, le corresponde gravar, por cuanto la fuente de la renta de la sociedad (recuérdese que se trataba de acciones de una sociedad residente en Francia) radica en su territorio. Pese a que el Abogado General se limitó a insistir en la necesidad de que los Estados miembros ejercitaran su soberanía fiscal en concordancia con el Derecho Comunitario, pensamos que no se ha de restar valor a esta última consideración, pues parece inicialmente correcto y legítimo que un Estado pueda reivindicar su capacidad de gravar una ganancia patrimonial que, por naturaleza, se halla conectada a su territorio⁴⁴.

Expuesto cuanto antecede, procede descender ahora al análisis de los razonamientos del TJCE que, como hemos señalado, coinciden básicamente con lo ya señalado por el Abogado General. El Alto Tribunal entiende aplicable al caso el artículo 49 TFUE, cuyo contenido considera vulnerado por el impuesto de salida exigido en Francia, atendiendo a las características que vertebran el mismo. Constatada dicha infracción, en base al tratamiento discriminatorio que supone entre residentes y no residentes, además de desincentivar el libre ejercicio del derecho a establecerse en cualquier Estado de la UE, el TJCE pasa a examinar si el obstáculo que comporta el impuesto de salida francés respecto al artículo 49 TFUE, cuenta con alguna justificación válida que lo legitime.

Refiriéndose al argumento traído a colación por Francia, con el apoyo de otros Estados miembros, acerca de la justificación del impuesto por razones de interés público, como medida preventiva de la elusión fiscal⁴⁵, el Tribunal precisa que una cláusula general anti-abuso de este tipo, que no toma en consideración los motivos en virtud de los cuales se produce el traslado de residencia, sino que se aplica de manera indiscriminada⁴⁶,

44 Kotanidis, S.: "French (...)". Ob.cit. p.378.

45 Véase: De Broe, H.: "Hard times (...)". Ob.cit pp.218-222.

46 Como vino a señalar el TJCE, la disposición francesa "[was] not specifically designed to exclude from a tax advantage purely artificial arrangements aimed at circumventing French tax law, but [was] aimed generally at any situation in which a taxpayer with substantial holdings in a company subject to Corporation tax transfers his tax residence outside France for any reason whatever". Case notes: "Out with an exit charge: Hughes de Lasteyrie du Saillant", en *British Tax Review* n° 6, 2004, p.592. Según las autoridades francesas, a través del *exit tax* se pretendía luchar contra las denominadas "*round trips*" ideadas por contribuyentes que, durante un corto período de tiempo adquirían la residencia en el vecino Estado belga y, una vez enajenadas las acciones, retornaban a Francia como residentes, habiendo evitado el gravamen francés de tales ganancias. Este montaje puramente artificial, que culmina en una situación de evasión fiscal (pues, en Bélgica tampoco se gravan dichos incrementos) ha sido declarado abusivo por el TJCE en asuntos relativos a política agraria y libertad de circulación de bienes, en los que alegándose el derecho a iniciar un negocio o actividad económica en otro Estado miembro, se buscaba realmente un objetivo de elusión fiscal y no un cambio de residencia de buena fe. Los pronunciamientos del Alto Tribunal tanto en *Leclerc*, como en *Emsland-Stärke* constituyen exponentes de esta doctrina sobre los "*U-turns*" o "*U-turns arrangements*". Sin embargo, como ya se ha razonado, el *exit tax* francés se configura como una cláusula anti-abuso excesivamente amplia que, además de los supuestos de "*round trippers*", puede abarcar también casos perfectamente legítimos, lo que lleva al Tribunal a descartar este planteamiento.

no puede considerarse acorde con el Derecho Comunitario, tal y como ya puso de relieve el propio Tribunal en otras decisiones y, específicamente, en el Caso *Leur-Bloem*⁴⁷.

También fue descartado el planteamiento del Gobierno danés, basado en que la finalidad del impuesto en cuestión se orientaba a evitar la erosión de la base imponible del Estado impositor, en el entendimiento por parte del Tribunal de que una mera disminución de la recaudación tributaria⁴⁸ no se concibe como motivo relevante de interés general, merced al cual se pueda aceptar una medida contraria a la libertad comunitaria mencionada⁴⁹.

En cuanto al argumento defendido por el Gobierno de Países Bajos, concerniente a la garantía de la cohesión del sistema tributario francés que el *exit tax* proporciona, además de compartir los motivos de rechazo esgrimidos por el Abogado General, el Alto Tribunal añade la imposibilidad de admitir tal justificación, sobre todo cuando se advierte que Francia otorga al emigrante la posibilidad de deducirse el impuesto pagado en el extranjero cuando se produce la efectiva disposición de las acciones, lo que evidencia que el Estado francés acepta la legitimación del nuevo Estado de residencia para gravar dichas ganancias patrimoniales (incluyendo la parte que se devengó cuando el accionista todavía residía en Francia), es decir, que cede en tales circunstancias su derecho a gravar a favor del otro Estado.

Sobre el razonamiento invocado por Alemania, cuya filosofía compartimos, tampoco el Tribunal -al igual que el Abogado General- se pronuncia explícitamente, limitándose a precisar que el conflicto a resolver no aludía al reparto del poder tributario entre los Estados miembros, sino más bien a la adecuación o no de la medida francesa al contenido de la libertad de establecimiento. En relación con las implicaciones de esta tesis y su mayor o menor acierto respecto a la aproximación del problema de los *exit taxes*, tendremos ocasión de detenernos en líneas posteriores al analizar la Sentencia del TJCE recaída en el Caso *N*.

Un aspecto que ni el Abogado General ni el Tribunal de Luxemburgo entran a comentar, pero que a nuestro juicio presenta carácter preliminar y relevancia incuestionable, es el hecho de si el propósito o finalidad económica se reputa todavía necesario en orden a beneficiarse de las libertades comunitarias. En otros términos, a diferencia de etapas primigenias en las que la Comunidad Europea se erigía sobre conceptos económicos y la libre circulación de personas, reflejada a través de la libertad de establecimiento (artículo 49 TFUE) y la libre circulación de trabajadores (artículo 45 TFUE), únicamente se reconocía si el ejercicio de la misma tenía como causa un objetivo económico, con

47 STJCE de 17-julio-1997, Asunto C-28/95, *Leur Bloem v. Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam*.

48 Pese a que el TJCE había aceptado en el Caso *X & Y AB* la imposición por parte de los Estados de una pre-liquidación similar, cuya recaudación se materializaba cuando el contribuyente trasladaba su residencia de Suecia, se evidencia que entre aquel asunto y el que nos ocupa existe una diferencia fundamental: *X & Y AB* implica el gravamen de ganancias ya obtenidas cuando el contribuyente todavía es residente sueco, mientras que en *de Lasteyrie*, los incrementos sobre los que recae la imposición sólo existen de manera latente y en manos de un emigrante. El TJCE, no obstante, guardó silencio al hilo de este último pronunciamiento al ser interpelado al respecto, cuando hubiera sido deseable una contestación expresa. En las Conclusiones del Abogado General Jean Mischo se alude (párrafo 65) a que la diferencia estriba en que el Asunto *X & Y AB* no implicaba una *round trip*, sino una emigración definitiva; por nuestra parte, nos adscribimos al parecer de De Broe, expuesto en las líneas que anteceden. De Broe, L.: "Hard times (...)". Ob.cit. pp.217 y 218.

49 Una vez más, el TJCE se sirve de pronunciamientos anteriores para avalar dicha consideración. Véase: STJCE de 16-julio-1998, Asunto C-264/96, *ICI v. Colmer*, y STJCE de 8-marzo-2001, Asunto C-410/98, *Metallgesellschaft and others v. Commissioners of Inland Revenue, HM Attorney General*.

la promulgación del Tratado de Maastricht en 1992, y la consiguiente consolidación de la UE, cabe preguntarse si todavía dicha finalidad económica constituye la *conditio sine qua non* para obtener la protección comunitaria, sobre todo tras la previsión en dicha fecha en el Tratado de los artículos 20 y 21 (antiguos artículos 17 y 18), relativos a la ciudadanía europea⁵⁰ y a la libertad de circulación y residencia en el seno de la UE⁵¹.

La cuestión a formular sería, entonces, si los cambios de residencia a otro Estado miembro son merecedores de amparo comunitario, con independencia de si dicha emigración viene propiciada o no por una actividad económica o profesional a desarrollar en el nuevo Estado de la residencia⁵². En este sentido, sería deseable que el TJCE clarificara, por lo que respecta a los asuntos con trascendencia fiscal⁵³, si las bases de acuerdo a las cuales se puede invocar la aplicación del Tratado han cambiado. Ello conllevaría que fueran irrelevantes las razones por las que un ciudadano europeo traslada su residencia a otro Estado miembro, en el bien entendido de que, aunque no se probara la motivación económica y pudieran invocarse las libertades fundamentales, siempre se podría hacer valer el artículo 21 cuya virtualidad, obviamente, presenta mayor amplitud que la de aquéllas.

Aun cuando nos mostramos mayormente partidarios de esta última interpretación, de conformidad con la cual el artículo 21 TFUE gozaría de efecto directo⁵⁴, no cabe ignorar la referencia efectuada en el segundo párrafo de este precepto a las limitaciones y condiciones establecidas en el propio Tratado, así como a las medidas adoptadas para su aplicación, lo que no contribuye a alumbrar si el derecho reconocido en el

50 Literalmente, el actual artículo 20 TFUE dispone lo siguiente: "1. Se crea una ciudadanía de la Unión. Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla. 2. Los ciudadanos de la Unión son titulares de los derechos y están sujetos a los deberes establecidos en los Tratados. Tienen, entre otras cosas, el derecho: a) de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros; (...). Estos derechos se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites definidos por los Tratados y por las medidas adoptadas en aplicación de éstos".

51 El artículo 21 TFUE reza como sigue: "1. Todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación".

52 Se muestra proclive a esta interpretación: Van Arendonk, H.: "Hughes (...)". Ob.cit. p.183, donde puntualiza que al existir Directivas europeas sobre la residencia con anterioridad a la previsión del artículo 21 TFUE, éste no constituye sino la "base constitucional" para las citadas Directivas.

53 En numerosos asuntos de carácter no tributario, el TJCE declaró de manera expresa que los motivos del demandante para iniciar un trabajo/negocio en el territorio de otro Estado miembro eran irrelevantes, y que el propósito económico no resultaba imprescindible de cara a obtener la cobertura de las libertades del Tratado. En esta dirección: STJCE de 12-mayo-1998, *María Martínez Sala v. Freistaat Bayern*, Asunto C-85/96; STJCE de 11-julio-2002, Asunto C-224/98, *D'Hoop v. Office national de l'emploi*; STJCE de 17-septiembre-2002, Asunto C-413/99, *Baumbast and Secretary of State for the Home Department*; STJCE de 23-marzo-1982, Asunto 53/81, *D.M. Levin v. Staatssecretaris van Justitie*; STJCE de 23-mayo- 1996, Asunto C-237/94, *O'Flynn v. Adjudication Officer*.

54 Esta postura ha sido sustentada por algunos Abogados Generales. Véase: Conclusiones del Abogado General Cosmas en el Caso *Wijzenbeek* (C-378/97); y Conclusiones del Abogado General Geelhoed en el Caso *Baumbast* (C-413/99).

artículo 21 TFUE a todos los residentes en la UE tiene o no eficacia completa y autónoma⁵⁵, respecto de las libertades económicas fundamentales recogidas en el Tratado⁵⁶.

En cualquier caso, la lección a extraer radica en que el TJCE no prohíbe los impuestos a la emigración en general, sino que matiza su aplicación que, en todo caso, deberá circunscribirse a determinadas situaciones y sujetarse a reglas que resulten proporcionadas al fin que persiguen. Se declara, pues, la compatibilidad de los *exit taxes* con el Derecho Comunitario, siempre y cuando la restricción a la libertad de establecimiento que los mismos comportan se halle justificada y las medidas desarrolladas para su consecución se adecuen al principio de proporcionalidad. La amplitud con la que se diseñó la cláusula anti-abuso del impuesto de salida francés, así como el carácter no automático del aplazamiento de pago, impidieron al TJCE considerar el citado impuesto admisible desde la perspectiva comunitaria. Sin embargo, ello no significa que exista una prohibición general en cuanto al establecimiento de *exit taxes* por parte de los Estados miembros como vía para combatir el fraude fiscal. Buena prueba de ello es que lejos de limitarse a rebatir los argumentos ya citados, el TJCE apuntó también posibles soluciones legítimas.

Una primera opción en este sentido, y también en consonancia con la propuesta sugerida por el Abogado General⁵⁷, estriba en la posibilidad de prevenir la evasión fiscal a través de medidas menos restrictivas como, por ejemplo, la "*re-entry charge*" aplicada con posterioridad a una breve estancia en el extranjero durante la cual se hubieran enajenado las participaciones. Tal solución parece estar inspirada en el artículo 10A de la *Taxation of Chargeable Gains Act* de 1992 del Reino Unido, en virtud de la cual las ganancias patrimoniales obtenidas por el emigrante que permanece menos de cinco años en otro Estado, se consideran susceptibles de gravamen en el Estado de origen cuando el mismo retorna a su territorio⁵⁸. La intención del Alto Tribunal es poner de relieve la existencia de medidas alternativas, tendentes a otorgar idéntica o similar protección que la pretendida por los Estados miembros y que, a mayor abundamiento, no provocan una interferencia desproporcionada en el ejercicio de la libertad contemplada en el artículo 49 TFUE. La segunda opción que se sugiere alternativamente por el Tribunal en el párrafo 54 de la Sentencia⁵⁹, consiste en acudir a los diversos instrumentos de cooperación entre Administraciones Tributarias y, en especial, a las Directivas comunitarias sobre intercambio de información y asistencia mutua recaudatoria.

55 De hecho, la propia Comisión Europea declaró que los artículos 20 y 21 TFUE conferían a los ciudadanos europeos una libertad ambulatoria fundamental que ya no quedaba conectada necesariamente con el desarrollo de una actividad económica. Véase: Second Commission Report on Union citizenship (COM(97)230 final) y la respuesta del Comisionado Monti de 29-enero-1998 a la pregunta parlamentaria escrita n° 3404/97. Igualmente: Stahl, K.: "Free movement of capital between Member States and third countries", en *EC Tax Review* vol.13, n° 2, 2004, p.47.

56 En esta línea, se criticó el hecho de que el TS francés no preguntara directamente al TJCE sobre esta cuestión; así como que el Tribunal de Luxemburgo no aprovechara la oportunidad que le brindaba el pronunciamiento sobre el *exit tax* francés para posicionarse, en *obiter dicta*, sobre la existencia o no de un derecho fundamental a residir en el territorio de la UE. Valat, A.: "Preliminary (...)". *Ob.cit.* p.199.

57 Conclusiones formuladas por el Abogado General Jean Mischo, párrafo 64.

58 Esta medida, aplicada en Reino Unido desde 1998, puede encontrarse también en la legislación sueca, tal y como indica el TJCE en el párrafo 37 de la Sentencia *de Lasteyrie*. Una explicación más detallada de la denominada *re-entry charge* puede consultarse en: Baker, Ph.: "The tax treatment of transfer of residence by individuals", *British national report*, en *Cahiers de Droit Fiscal International* vol.87.b. *Ob.cit.* p.562.

59 Tal alusión se recoge asimismo, aunque implícitamente, en los párrafos 52 y 53 de la Sentencia dictada en el Caso *N*, como veremos más adelante.

En resumen, creemos que la actuación del TJCE en este pronunciamiento, que supuso la primera aproximación al análisis de la compatibilidad de los impuestos de salida con el Derecho Comunitario, puede considerarse acertada. Disentimos, por ello, de la opinión de algunos autores⁶⁰ que calificaron la sentencia examinada como 'oportunidad desaprovechada' por el Tribunal para el diseño del marco general de aplicación de los *exit taxes*. Como señalamos al principio, y asimismo ha corroborado la Comisión Europea, los criterios aquí sentados por el TJCE son extrapolables en general a cualquiera de las figuras que se incardinan dentro de la categoría de los impuestos a la emigración (de ahí que el Tribunal formule opciones alternativas), sin perjuicio de que, como no podía ser de otro modo, tanto los fundamentos jurídicos como el fallo de la sentencia se refieran esencialmente al *exit tax* francés sobre cuya exacción versaba la cuestión prejudicial.

2.2.1.2. Consolidación y desarrollo de tales criterios jurisprudenciales en los *Casos N* y *Comisión contra Bélgica*.

La Sentencia dictada el 7 de septiembre de 2006 por el TJCE en el Caso N⁶¹ había sido esperada desde sectores doctrinales e institucionales, con la esperanza de que la misma coadyuvaría a clarificar algunas cuestiones sobre los *exit taxes*, todavía sin respuesta. El asunto se centró en el cambio de residencia del Sr. N, único partícipe de tres sociedades neerlandesas de responsabilidad limitada, el 22 de enero de 1997, de País Bajos a Reino Unido, con el consiguiente traslado de la sede de dirección efectiva de dichas entidades a Curaçao (Antillas holandesas); y, fundamentalmente, en la aplicación del impuesto de salida neerlandés sobre los incrementos patrimoniales devengados, con motivo de la emigración del Sr. N, de su participación sustancial en tales entidades.

La regulación interna aplicable se contenía en los artículos 3 y 4 de la Ley neerlandesa del Impuesto sobre la Renta de 1964, de acuerdo con la cual la base imponible venía determinada por la diferencia entre el precio de adquisición de las participaciones y el valor de mercado de éstas en el momento de la emigración. El impuesto, aunque devengado, se difería por un período de diez años, a condición de que se prestara la adecuada garantía, sin interés alguno. Conviene hacer notar, empero, que el 1 de enero de 2005, a raíz de la Sentencia de *Lasteyrie*, tal normativa fue objeto de modificación con efecto retroactivo desde el 11 de marzo de 2004, de manera que se eliminó la obligación de constituir garantía como requisito para aplazar el pago, se introdujo la posibilidad de reducir parcialmente la base imponible en la hipótesis de diferencias a la baja entre el valor atribuido a las participaciones en la fecha de la emigración y el que éstas tenían en el momento de la transacción, y se autorizó la correspondiente deducción para el caso de que la ganancia patrimonial fuera asimismo gravada por otro Estado con arreglo al CDI pertinente.

La primera cuestión abordada tanto por el TJCE, como por la Abogada General Julianne Kokott⁶², fue la relativa a la relación existente entre la libertad general de circulación prevista en el artículo 21 TFUE y las libertades fundamentales específicas, en particular, la libertad de establecimiento del artículo 49

60 Van Arendonk, H.: "Hughes (...)". Ob.cit. p.196, donde lamenta que el TJCE se limite a abordar tan sólo las especificidades del concreto asunto. En su opinión, tal modo de actuar no redundará sino en pronunciamientos *ad hoc*, con el riesgo de que la doctrina atribuya una interpretación más amplia a los mismos y se acreciente todavía más, si cabe, la inseguridad jurídica.

61 STJCE de 7-septiembre-2006, Asunto C-470/04, *N v. Inspecteur van de Belastingdienst Oost/kantoor Almelo*.

62 Conclusiones formuladas por la Abogada General Kokott el 30 de marzo de 2006. Un comentario tanto sobre dichas Conclusiones como sobre el pronunciamiento del TJCE en el Caso N, puede encontrarse en: Zijldendorp, B.: "The N Case (...)". Ob.cit. pp.5-12.

TFUE. Ambos recalcaron que únicamente si la libertad de establecimiento no fuera aplicable, entraría en juego la libertad más genérica del artículo 21. En este supuesto, se afirmó que el artículo 49 TFUE sólo despliega su eficacia a partir del momento en el que se inicia la actividad económica en Reino Unido, quedando protegido el Sr. N con anterioridad a dicho traslado por el artículo 21 TFUE. Por tanto, dado que la situación examinada encuentra cobertura en la libertad de establecimiento, no es necesario en el presente asunto acometer una interpretación del artículo 21 TFUE.

Tras analizar la estructura y funcionamiento del impuesto de salida neerlandés aplicable en el momento en que sucedieron los hechos, el TJCE concluyó su carácter contrario a la libertad comunitaria de establecimiento, ante la desproporcionalidad de las medidas articuladas para su exacción. En este orden de cosas, declaró que el sistema conllevaba un trato menos ventajoso para los contribuyentes que desearan trasladar su residencia fuera de los Países Bajos, en comparación con los que permanecían en su territorio, pues mientras los primeros resultaban gravados por el simple hecho de la emigración, cuando todavía no habían dispuesto de las participaciones y, en consecuencia, el posible incremento de patrimonio no se había producido, los segundos, en cambio, sólo tributaban cuando la ganancia patrimonial se hacía realmente efectiva⁶³. En opinión del Alto Tribunal, tal diferencia de trato fiscal desincentivaba a los contribuyentes de cara a trasladar su residencia a otro Estado miembro.

Ciertamente, salvo en lo que respecta al período de diez años durante el cual se aplaza el impuesto, que en el *exit tax* francés era de cinco, son numerosas las similitudes que se aprecian entre el Caso *de Lasteyrie* y el Caso *N*. No debe extrañar, por ello, que el Tribunal llegue a la misma conclusión de incompatibilidad del impuesto de salida neerlandés con el Derecho Comunitario, aunque sí sorprende algún razonamiento del Tribunal en este supuesto, así como el hecho de que omita la resolución de algunos interrogantes de notable trascendencia en este ámbito.

Por lo que concierne al primer punto, resulta destacable como, a diferencia de la negativa⁶⁴ ofrecida en el Caso *de Lasteyrie*, el Tribunal de Luxemburgo acepta en esta ocasión como válido el argumento sustentado por el Gobierno de Países Bajos sobre la necesidad de exigir el impuesto de salida para salvaguardar el reparto de poder tributario entre los Estados soberanos, e incluso acepta que éste se halle respaldado por el principio de territorialidad tributaria. Tal y como subraya De Broe⁶⁵, lo que llama la atención es que el TJCE convierte la cuestión de la compatibilidad entre la disposición interna neerlandesa y el Derecho Comunitario, en una cuestión de interpretación convencional en relación con la cual no está habilitado. Contrariamente a lo que sostiene el Tribunal, el artículo 13(5) CM OCDE no establece un elemento temporal que permite a cada Estado contratante gravar la parte de la ganancia patrimonial devengada cuando el contribuyente residía en su territorio sino que, antes al contrario, dicha cláusula convencional restringe la potestad tributaria de los Estados en los que el contribuyente hubiera residido, a excepción del Estado en el que tiene su residencia cuando se realiza el valor de las acciones.

63 Tales aspectos de la normativa neerlandesa sobre el *exit tax* debían ser, en consecuencia, objeto de modificación con vistas a la proporcionalidad que el TJCE exige. Douma, S.: "The three Ds of direct tax jurisdiction: Disparity, Discrimination and Double taxation", en *European Taxation Journal* vol.46, nº 11, pp.522 y 530.

64 Van den Hurk, H. y Korving, J.: "The ECJ's judgement in the *N* Case against The Netherlands and its consequences for exit taxes in the European Union", en *Bulletin for International Taxation* vol.61, nº 4, 2007, p.153.

65 De Broe, L.: "The relevance of residence under EC Tax Law", en: "Residence of individuals under tax treaties and EC Law", Guglielmo Maisto / Series Editor - IBFD, EC and International Tax Law Series, vol.6, 2010, p.121.

Desde una óptica diferente, Calderón Carrero⁶⁶ considera que el citado pronunciamiento aporta un entendimiento más cabal del principio de territorialidad, ahora más entroncado con los criterios de reparto de poder tributario establecidos por los Estados. Así las cosas, allí donde un impuesto se ajuste a los principios internacionales de reparto de poder tributario y articule una regla lógica de territorialidad impositiva, lo normal será que tal medida resulte justificada desde la perspectiva comunitaria, sin perjuicio del análisis de proporcionalidad. Estaríamos ante la justificación de impuestos restrictivos de las libertades fundamentales por la vía de su anclaje en el sistema de reparto de poder tributario siguiendo la práctica internacional.

Al margen de ello, lo que interesa destacar es el mensaje que implícitamente subyace a esta interpretación (más o menos certera) del TJCE, que se traduce en que los *exit taxes* exigidos a causa de los cambios de residencia en el seno de la UE no contravienen los convenios de doble imposición que observan el artículo 13(5) CM OCDE y, por consiguiente, su previsión es admisible siempre y cuando resulten proporcionados. Incluso aun cuando los mismos provocaran un conflicto, aceptaría el TJCE que la inobservancia del acuerdo bilateral es conforme al Derecho Comunitario, si sus posibles efectos restrictivos pudieran justificarse en base a razones de interés público ligadas a su “*rule of reason doctrine*”.⁶⁷

Por otro lado, el TJCE deja pendiente la importante cuestión de cómo resolver la posible situación de doble imposición internacional generada si, una vez enajenadas las participaciones, el nuevo Estado de residencia del contribuyente también somete a tributación dicha ganancia patrimonial⁶⁸. De manera algo ingenua, el Tribunal parece asumir que el Estado de la inmigración evitará dicha indeseable situación por la vía de gravar únicamente la revalorización experimentada, al dar por presupuesto el Tribunal, conforme a su interpretación del principio de territorialidad combinado con el elemento temporal de residencia, que todos los Estados miembros donde el contribuyente hubiera tenido su residencia gravarán dicha ganancia patrimonial atendiendo proporcionalmente al valor que las mismas tienen en el momento en el que el contribuyente es residente en su territorio⁶⁹. Como nuevamente indica De Broe⁷⁰, no existe cláusula alguna

66 Calderón Carrero, J.M.: “La compatibilidad comunitaria de los impuestos de salida y de las reglas para el reembolso de garantías exigidas con infracción del Derecho Comunitario: el Caso N”, en Revista de contabilidad y tributación (CEF) n° 286, 2007, p.113.

67 De Broe, L.: “The relevance (...)”. Ob.cit. pp.122 y 123.

68 Pese a que la supresión de la doble imposición internacional constituía un objetivo proclamado en el antiguo artículo 293 del Tratado de la Comunidad Europea, la existencia de una obligación comunitaria de eliminación de la misma deviene controvertida. De hecho, aunque en un primer momento la doctrina del TJCE pareció consagrar un auténtico derecho a la eliminación de la doble imposición en sede comunitaria, recientemente se ha operado un giro jurisprudencial (Asuntos *Nygard*, C-234/99 y *Kerckhaert-Morres*, C-513/04) al señalarse que el Derecho Comunitario no prescribe criterios generales para el reparto de competencias entre los Estados miembros en lo que se refiere a la eliminación de la doble imposición dentro de la UE, de manera que es a los Estados miembros a quienes corresponde adoptar las medidas necesarias para ello. El TJCE alude específicamente a los CDI como instrumentos de reparto de poder tributario y de supresión de la doble imposición, lo que supone renovar la convalidación comunitaria de estos tratados y asignarles la doble función mencionada. Calderón Carrero, J.M.: “La compatibilidad (...)”. Ob.cit. p.116.

69 Conforme a lo declarado por el TJCE, el impuesto de salida debe configurarse de forma que tenga en cuenta las minusvalías susceptibles de producirse con posterioridad al traslado de la residencia del contribuyente, excepto en los casos en que tales pérdidas se hubieran ya tomado en consideración en el Estado miembro de acogida. En opinión de la Abogada General Kokott (puntos 119 y siguientes de sus Conclusiones), a la que se suma Calderón Carrero, lo más correcto sería que la liquidación provisional dictada en el Estado de origen con motivo del desplazamiento fuera revisada en todo caso, si posteriormente se genera una pérdida patrimonial cuando se enajenan las acciones, por ser ésta la única fórmula que se ajusta al principio de no discriminación. Calderón Carrero, J.M.: “La compatibilidad (...)”. Ob.cit. p.117.

70 De Broe, L.: “The relevance (...)”. Ob.cit. p.124.

en el Tratado de doble imposición entre Países Bajos y Reino Unido que apoye tal argumento. Y aún más, tampoco se prevé una medida interna relativa a la revalorización mencionada cuando Reino Unido actúa como país de la inmigración. Se evidencia, de este modo, el carácter erróneo del razonamiento del TJCE, sobre todo si se tiene en cuenta que la incorrección no sólo se circunscribe al caso en cuestión, sino que, antes bien, presenta carácter general, desde el momento en que se constata que sólo una minoría (Países Bajos, por ejemplo) de los Estados miembros contemplan en la actualidad dicha revalorización (*step-up in basis*), y menos aún la reflejan en el articulado de sus convenios de doble imposición. Lógicamente, dado que no existe obligación para los Estados miembros desde la perspectiva del Derecho Comunitario de eliminar o paliar la doble imposición internacional, tales mecanismos deberán diseñarse ya unilateralmente en la legislación doméstica, ya preferentemente a nivel de los convenios bilaterales.

Una vez declarada la incompatibilidad del impuesto a la emigración neerlandés con el Derecho Comunitario y, advertida la necesidad de modificar algunos de sus principales aspectos en orden a su adecuación a la proporcionalidad exigida por el TJCE para alcanzar el fin pretendido, el propio Tribunal observa que la reforma posterior de los mismos y, en concreto, del deber de constituir garantía, no puede justificar con efecto retroactivo la violación cometida contra la libertad de establecimiento. Según el Tribunal, es Países Bajos quien debe responder por los daños eventualmente ocasionados al contribuyente⁷¹, si bien el pronunciamiento sobre esta cuestión compete ya a los Tribunales internos.

En cualquier caso, la sentencia analizada presenta un indudable valor, pues, de una parte, coadyuva a reforzar la ‘comunitarización’⁷² del *soft-law* de la OCDE -señaladamente su CM- y, de otra parte, enfatiza cómo las Directivas de asistencia mutua tanto en el intercambio de información cuanto en la recaudación tributaria son empleadas por el TJCE como ‘canon de proporcionalidad’ de las medidas nacionales de control o supervisión fiscal, o de aseguramiento del gravamen⁷³.

La jurisprudencia del TJCE sobre los impuestos a la emigración aplicables a las personas físicas se completa con la Sentencia de 5 de julio de 2007, recaída en el Asunto *Comisión contra Bélgica*⁷⁴, en la que pese a concluir idéntico resultado, el Alto Tribunal varía el signo de sus argumentaciones, sin observar plenamente los criterios previamente mantenidos tanto en *de Lasteyrie* como en *N*. El caso hace referencia a la imposición del *exit tax* belga sobre pensiones generadas en Bélgica, pero satisfechas a antiguos residentes, y la exacción correspondiente sobre la refinanciación de derechos pasivos de fondos de

71 Los perjuicios irrogados por la constitución de una garantía exigida con infracción del Derecho Comunitario pueden generar responsabilidad patrimonial del Estado miembro autor de la medida. Según la jurisprudencia del TJCE en la materia (Asuntos C-46/93, C-48/93, C-178/94, C-283/94, C-424/97 y C-140/97), para que exista dicha responsabilidad han de concurrir tres requisitos: a) La norma vulnerada debe tener por objeto conferir derechos a los particulares; b) La violación debe estar suficientemente caracterizada; y, c) Debe existir una relación de causalidad directa entre la infracción de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por quienes hayan sido lesionados. Calderón Carrero, J.M.: “La compatibilidad (...)”. Ob.cit. p.112.

72 Calderón Carrero, J.M.: “La compatibilidad (...)”. Ob.cit. p.113, donde señala que: “Tal ‘comunitarización’ de los principios consolidados de fiscalidad internacional, sin duda, posee una relevancia de primer orden al suponer en cierta forma una convalidación comunitaria de la estructura y modelo de impuestos sobre la renta y patrimonio vigentes en los países miembros de la OCDE, así como de la fórmula para encauzar las relaciones fiscales internacionales”.

73 Calderón Carrero, J.M.: “La compatibilidad (...)”. Ob.cit. p.114, donde cita otros pronunciamientos en la misma línea, tales como las Sentencias del TJCE en los Asuntos *Stauffer*, C-386/04; *Scorpio*, C-290/04; *Comisión contra Bélgica*, C-433/04; y *Turpeinen*, C-520/04.

74 STJCE de 5-julio-2007, Asunto C-522/04, *Commission v. Belgium*.

pensiones belgas a fondos de pensiones extranjeros, como consecuencia del traslado de la residencia del contribuyente.

A diferencia de los anteriores casos analizados, tales impuestos de salida belgas eran efectivamente exigidos en el momento en el que se operaba el traslado de residencia al extranjero. Atendidas sus notas características, el TJCE declaró tales gravámenes no acordes con los artículos 21, 45 y 49 TFUE, así como con los correspondientes preceptos del Tratado del Área Económica Europea. A este respecto, el Estado belga, sin embargo, no aportó justificación alguna sobre la validez de dichos tributos.

Como pone de manifiesto De Broe⁷⁵, no se entiende bien por qué el TJCE no mantuvo en la resolución de este asunto el mismo planteamiento que en el Caso *N*, decidido apenas un año antes. Siguiendo aquel razonamiento, la potestad tributaria debería compartirse entre los diferentes Estados miembros de manera proporcionada al tiempo en que tales derechos de pensiones se devengaron mientras el contribuyente residió en dichos Estados. Realmente, para superar el test de la proporcionalidad, el Estado de la emigración debería suspender de modo automático e incondicional el gravamen sobre los derechos de pensiones devengados, hasta el momento en el que la pensión, o en su caso el capital sustitutivo, fuera efectivamente obtenido por el pensionista. En este sentido, el hecho de que el artículo 18 CM OCDE confiera exclusivamente el poder de imposición sobre tales derechos al Estado de la residencia del pensionista, así como que el CM OCDE reconozca en sus Comentarios la disparidad provocada por el cambio de residencia, entre el Estado que otorgó incentivos fiscales para la realización de tales contribuciones y el Estado que monopoliza el gravamen sobre los derechos cuando se cobra la pensión, no tendrían, de acuerdo con las aseveraciones del Tribunal en el Caso *N*, ninguna relevancia. Sin embargo, no fue esto lo que el Tribunal argumentó a la hora de dilucidar, en el Caso *Comisión contra Bélgica*, si los impuestos de salida sobre las pensiones concordaban o no con las libertades comunitarias⁷⁶.

El giro operado por el TJCE motiva que destacados estudiosos de la materia⁷⁷ se interroguen acerca de la explicación de este cambio de criterio jurisprudencial y traten de discernir, al mismo tiempo, si ello se debió al hecho de que en este caso no existiera pre-liquidación, sino imposición inmediata, o simplemente a la ausencia de argumentos de justificación por parte de Bélgica. Precisamente en relación con este último punto, es de lamentar que el Estado belga no arguyera sobre la base de la equitativa distribución de poder tributario, reconocida por el TJCE como justificación válida de interés público, e incluso resulta desafortunado que el propio Tribunal carezca de capacidad para formular de oficio posibles razones de justificación lo que, en opinión de De Broe⁷⁸ a la que nos sumamos, contribuiría a avanzar en la consecución de una doctrina jurisprudencial más coherente.

Adicionalmente, cabe llamar la atención sobre la reciente inclusión de impuestos de salida en materia de pensiones, concebidos como cláusulas anti-elusión, en diferentes CDI. La situación de abuso podría

75 De Broe, L.: "The relevance (...)". Ob.cit. p.126.

76 Véase, más ampliamente: Kavelaars, P.: "Cross-border aspects of pensions in The Netherlands, including tax treaty and EU law", en *Bulletin for International Taxation* vol.61, nº 3, 2007, pp.86 y 89; De Broe, L. y Neyt, R.: "Tax treatment of cross-border pensions under the OECD Model and EU law", en *Bulletin for International Taxation* vol.63, nº 3, 2009, pp.92 y 93.

77 De Broe, L.: "The relevance (...)". Ob.cit. p.126.

78 De Broe, L.: "The relevance (...)". Ob.cit. p.127.

producirse cuando el particular deja de ser residente del Estado en el que sus contribuciones al plan de pensiones generaron una deducción y, con posterioridad a la emigración, cobra su pensión en la modalidad de pago único en lugar de en pagos periódicos. Tal y como se prevé en el parágrafo 5 de los Comentarios al artículo 18 CM OCDE, y como ha sido confirmado por los Tribunales internos de algunos Estados, el cobro de la pensión a través de un único pago integra un supuesto cubierto por el artículo 18 CM OCDE y, por consiguiente, sólo gravable en el Estado de residencia del pensionista. El abuso se materializaría en aquellos casos en los que el nuevo Estado de residencia no sometiera a tributación dicho pago único de la pensión y, tras dicha redención, el particular recobrara su condición de residente en el primer Estado⁷⁹.

Aunque todavía no son numerosos los Estados que se han preocupado por combatir esta práctica elusiva, sí es posible hablar de una incipiente manifestación de *exit taxes* en sede de pensiones a nivel convencional, buen ejemplo de lo cual sería la específica cláusula anti-abuso prevista en el artículo 18 del CDI entre Holanda y Suecia⁸⁰ que, de manera similar a la preexistente en el Protocolo de 2007 al CDI entre Reino Unido y Suiza, preserva la potestad tributaria de Holanda en situaciones como la descrita.

Examinados los tres pronunciamientos dictados hasta la fecha por el TJCE sobre los impuestos a la emigración en relación con las personas físicas, cierto sector doctrinal⁸¹ se mostró partidario de la proyección de tales criterios jurisprudenciales sobre los impuestos de salida aplicables a las personas jurídicas, ámbito en el cual pueden surgir problemas similares⁸² cuando una sociedad traslada su residencia o domicilio a otro Estado miembro⁸³, o se transfieren activos dentro de la misma entidad de un país a otro, por ejemplo, a un establecimiento permanente situado en otro Estado, o viceversa⁸⁴.

Esta posición inicial, sin duda fundada en la realidad irrefutable de que el propio Tratado predica la libertad de establecimiento no sólo respecto a las personas físicas, sino también en relación con las entidades, se ha visto matizada⁸⁵, aunque no negada, por otras Sentencias del Tribunal de Luxemburgo, tales como

79 Van Weeghel, S.: General report. Ob.cit. p.48.

80 El artículo 18 del citado CDI dispone literalmente lo siguiente: "Article 18. Pensions, annuities and social security payments. 1. Subject to the provisions of paragraph 2 of article 19, pensions and other similar remuneration paid to a resident of a Contracting State in consideration of past employment and any annuity shall be taxable only in that State. 2. However, where such remuneration is not of a periodical nature and it is paid in consideration of past employment exercised in the other Contracting State, or where instead of the right to annuities a lump sum is paid, this remuneration or this lump sum may be taxed in the Contracting State in which it arises. 3. (...)".

81 Van den Hurk, H. y Korving, J.: "The ECJ's judgement (...)". Ob.cit. pp.153 y 154; Zuidendorp, B.: "The N Case (...)". Ob.cit. p.12; Schön, W.: "Tax issues and constraints on reorganizations and reincorporations in the European Union", en Tax Notes International vol.34, n° 2, 2004, pp.197-204.

82 Véase la Comunicación de la Comisión Europea de 2006, COM (2006)825 final, parágrafo 5. También en esta dirección: Kovács, L.: "La política de la Comisión Europea en materia de impuestos de salida", en Studi Tributari Europei n° 1, 2009.

83 Sobre este aspecto: Weber, D.: "Exit taxes on the transfer of seat and the applicability of the freedom of establishment after Überseering", en European Taxation Journal vol.43, n° 10, 2003, p.350; De Pietro, C.: "Exit tax: territorialidad y movilidad societaria", en Studi Tributari Europei n° 1, 2009.

84 El propio TJCE cita su pronunciamiento en el Caso *de Lasteyrie* con ocasión de su Sentencia de 13 de diciembre de 2005 en *Servic Systems AG*, C-411/03, relativo a las fusiones transfronterizas de sociedades.

85 Sobre la posible diferencia entre los *exit taxes* aplicables a las personas físicas y los que recaen sobre las entidades: Case Notes: "Out with (...)". Ob.cit. p.594.

*Daily Mail*⁸⁶, *Überseering*⁸⁷ y *Cartesio*⁸⁸, que afectan también colateralmente al tema de los *exit taxes* sobre las personas jurídicas⁸⁹. La conclusión a retener sería, pues, que la doctrina sobre los impuestos de salida emanada de los Casos de *Lasteyrie*, *N* y *Comisión contra Bélgica* puede aplicarse sólo en el supuesto de que la normativa societaria nacional de que se trate posibilite el traslado de residencia de la entidad a otro Estado miembro sin pérdida de su personalidad jurídica, esto es, sin que ello implique su disolución y liquidación. Por el contrario, en aquellas situaciones en las que la transferencia de la residencia de la sociedad a otro Estado miembro afecte a la continuidad de su personalidad jurídica, la necesidad de su disolución y liquidación, así como la posible sujeción de sus ganancias patrimoniales, no constituirá un impuesto de salida restrictivo de la libertad de establecimiento, sino simplemente una consecuencia fiscal derivada de dicho cambio de residencia⁹⁰.

Una valoración de conjunto de la doctrina jurisprudencial estudiada nos permite concluir, en definitiva, que existen medidas tributarias sobre la emigración adoptables por los Estados miembros, susceptibles de cumplir el propósito de salvaguardar los intereses de los distintos ordenamientos jurídicos y, a la par, proteger a los contribuyentes a través de un sistema fiscal racional, eficiente, proporcional y compatible, en suma, con el Derecho Comunitario.

2.2.2. La Comunicación de la Comisión Europea de 2006 y la Resolución del Consejo ECOFIN de 2008.

La prueba indiscutible de la notable importancia adquirida por los impuestos a la emigración en el seno de la UE, reside en la creciente atención prestada tanto por la Comisión como por el Consejo ECOFIN (Consejo de Asuntos Económicos y Financieros) sobre esta materia. En efecto, la falta de iniciativa de la Comisión Europea en esta sede, criticada por algún estudioso⁹¹, se vio paliada con la adopción, poco después de la Sentencia del TJCE en el Caso *N*, de la “Comunicación sobre impuestos a la emigración y la necesidad de coordinación de las políticas fiscales de los Estados miembros”, el 19 de diciembre de 2006.

86 STJCE de 27-septiembre-1988, Asunto C-81/87, *The Queen v. H.M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust PLC*.

87 STJCE de 5-noviembre-2002, Asunto C-208/00, *Überseering BV and Nordic Construction Company Baumanagement GMBH (NCC)*.

88 STJCE de 16-diciembre-2008, Asunto C-10/06, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*.

89 En principio, un impuesto de salida sobre las personas jurídicas que se fundamente en los principios internacionales de reparto de la potestad tributaria y someta a imposición plusvalías originadas en el territorio del Estado de origen de la entidad, debería resultar compatible con el Derecho Comunitario, siempre y cuando no se establecieran otras medidas restrictivas del traslado de la residencia de la entidad. Al hilo de la reforma acometida en el ordenamiento austriaco, el pago del impuesto de salida se difiere hasta el momento en que se enajenan los activos o hasta la fecha de traslado de la residencia de la entidad a un tercer país. Stefaner: *Tax Notes International*, 8 November 2004. Véanse, por su interés, las propuestas ofrecidas en este ámbito por: Führich, G.: “Exit taxation and ECJ Case Law”, en *European Taxation Journal* vol.48, nº 1, 2008, pp.10-19.

90 En esta línea: Szudoczky, R.: “How does the European Court of Justice treat precedents in its case law? *Cartesio* and *Damseaux* from a different perspective: part I”, en *Intertax* vol.37, nº 6-7, 2009, p.361; Dourado, A.P. y Pistone, P.: “Looking beyond *Cartesio*: Reconciliatory interpretation as a tool to remove tax obstacles on the exercise of the primary right of establishment by companies and other legal entities”, en *Intertax* vol.37, nº 6-7, 2009, pp.343 y 344; e, implícitamente: Schneeweiss, H.: “Exit taxation after *Cartesio*: the European fundamental freedom’s impact on taxing migrating companies”, en *Intertax* vol.37, nº 6-7, 2009, pp.373 y 374.

91 En este sentido, si bien de forma implícita: Van Arendonk, H.: “Hughes (...)”. Ob.cit. p.209.

La finalidad de la Comisión es mostrar cómo pueden los Estados miembros hacer compatibles sus normativas sobre impuestos de salida con el Derecho Comunitario. De este modo, tras recordar que aspectos tales como la exigencia de prestar garantía como requisito para aplazar el pago, o la exacción del impuesto con carácter previo a la efectiva obtención de las ganancias patrimoniales, se reputan contrarios al ejercicio de la libertad recogida en el artículo 49 TFUE, apunta posibles soluciones que permitan a los legisladores nacionales reconducir sus respectivas normativas, evitando o reduciendo asimismo las situaciones de doble imposición internacional. En la misma línea, la Comisión Europea destaca poderosamente la relevancia que cabe otorgar a los mecanismos de cooperación entre Administraciones fiscales, que califica de “clave” en orden a asegurar el éxito de tales medidas.

No obstante el interés mostrado por las tres instituciones europeas, cabe advertir la ausencia de una posición unívoca, sobre todo por lo que respecta a los *exit taxes* aplicables a las empresas. En este punto, dado que el objeto de nuestro trabajo no aborda dicha parcela, nos limitaremos a denunciar tal situación, así como los perjudiciales efectos que de cara a los contribuyentes ésta puede acarrear. Ciertamente, a nadie se le esconde que la Comisión Europea no contempla los impuestos de salida como gravámenes apropiados en el seno de un Mercado Único. Tras el pronunciamiento dictado por el TJCE en el Asunto *Cartesio*, donde se propugnaba una visión no coincidente en parte con la sostenida por la Comisión, hubiera sido lógico que ésta anunciara la retirada o, cuanto menos, la revisión de su Comunicación de 2006, cosa que no sucedió debido, en nuestra opinión, a la discrepancia que en algunas cuestiones mantienen los dos organismos europeos. Más aún, como seguidamente analizaremos, la Comisión ha continuado con los procedimientos por infracción iniciados contra España y Portugal, al considerar los impuestos de salida que tales países exigen a las personas jurídicas, no acordes con la libertad comunitaria de establecimiento, en la medida en que las situaciones internas y las transfronterizas reciben un trato fiscal diferente.

La Resolución dictada por el Consejo ECOFIN el 2 de diciembre de 2008, sobre coordinación de los impuestos de salida, se muestra favorable a la aplicación de estos impuestos por parte de los Estados miembros sobre empresarios o personas jurídicas a causa de la emigración. En este sentido, se insta a los Estados a adecuar sus normativas domésticas a los criterios esbozados en la Resolución que, sin embargo, difieren de manera significativa respecto de los enunciados por la Comisión, lo cual explica en parte que países como España o Portugal se hayan mostrado reticentes a modificar sus disposiciones de conformidad con lo indicado por la Comisión Europea. Ante esta disparidad y falta de unicidad de criterio en los más altos niveles comunitarios, podríamos preguntarnos cuál es el valor jurídico que cabe atribuir a cada norma, como cauce válido a fin de determinar a qué patrón de actuación deben atenerse los Estados miembros en este ámbito. Teniendo en cuenta que la Comunicación puede calificarse como *soft law*, y que la Comisión europea no goza de competencia exclusiva en este campo, cabría conferir a la misma una importancia menor; en contraste con la Resolución del Consejo ECOFIN que, aun cuando tampoco presenta carácter vinculante, fue adoptada por unanimidad y, desde ese punto de vista, podría considerarse que encierra mayor valor jurídico que la Comunicación⁹². A ello se añade, por otro lado, que si los ordenamientos nacionales se reestructuran de acuerdo con los parámetros indicados en la citada Resolución, se soslayarán notablemente las situaciones de doble imposición internacional generadas hasta la fecha, erradicándose así la principal problemática tributaria que afecta a empresarios y sociedades en el contexto de la emigración.

92 Van Arendonk, H.: “Exit taxes: separation of powers?”, en EC Tax Review vol.19, nº 2, 2010, p.61.

Con independencia de todo ello, lo que es bien cierto es que todavía no existe suficiente claridad en torno a la aplicación de los *exit taxes* en consonancia con el Derecho Comunitario. Las divergencias mantenidas en esta órbita entre el Consejo ECOFIN y la Comisión, por lo que a las personas jurídicas concierne, no contribuyen precisamente a avanzar por el buen camino, lo que demanda, a nuestro juicio, un pronunciamiento expreso del TJCE, que zanje las recientes discordancias institucionales e imponga un único criterio diáfano e incuestionable, devolviendo no sólo a los Estados miembros, sino también a los contribuyentes, sean éstos personas físicas o jurídicas, la seguridad jurídica que merecen en relación con el ejercicio de la libertad de establecimiento proclamada en el TFUE.

2.2.3. Reacción de los Estados miembros y problemática actual de los *exit taxes*.

Si bien el carácter controvertido de los impuestos de salida en relación con el Derecho Comunitario fue ya subrayado por De Broe⁹³ en 2002, con ocasión del desarrollo del 56º Congreso de la *International Fiscal Association*, donde alertó sobre la posible incompatibilidad de los *exit taxes* previstos, fundamentalmente, en Alemania, Países Bajos, Francia, Dinamarca y Austria -crítica ésta secundada por un nutrido sector de la doctrina internacional⁹⁴-, tal realidad no se hizo patente hasta que el TJCE declaró los impuestos de salida francés y neerlandés contrarios a la libertad comunitaria de establecimiento.

A partir de ese momento, las reacciones de los Estados miembros no se hicieron esperar y, en general, cabe hablar de una tónica general en pro de la adecuación de los respectivos ordenamientos internos a las pautas indicadas por el Alto Tribunal. A título de ejemplo, tras el requerimiento formal⁹⁵ enviado por la Comisión Europea a Alemania el 19 de abril de 2004, solicitándole la supresión del impuesto de salida regulado en el artículo 6 de la *AuBensteuergesetz* (German Foreign Tax Relations Law)⁹⁶, dado que implicaba una manifiesta discriminación al gravar las ganancias patrimoniales mobiliarias de quienes dejaban de residir en territorio germano, a diferencia de quienes trasladaban su residencia dentro de las fronteras del mismo, que sólo tributaban cuando tal incremento era verdaderamente obtenido, el Ministro de Finanzas alemán emitió una carta⁹⁷ el 8 de junio de 2005 en la que anunciaba la intención de modificar dicho impuesto a la emigración sobre las personas físicas, estableciendo mientras tanto un nuevo régimen transitorio para los casos pendientes. Con posterioridad, fruto de una amplia reforma fiscal operada en el ámbito societario, el Estado alemán arbitró ex novo una medida de imposición sobre la emigración relativa

93 De Broe, L.: General report. Ob.cit. p.76.

94 Nolz, W., Kuttin, M. y Tumpel, M.: "The influence of EU Tax Law on Austria", en *Bulletin for International Taxation* vol.58, nº 8, 2004, p.391, por lo que se refiere al *exit tax* austriaco; De Broe, L.: "Hard times (...)". Ob.cit. p.226, donde cuestiona la perdurabilidad de la medida de recuperación belga (*recapture provision*) sobre las pensiones.

95 European Commission press release IP/047493; Brussels, 19 April 2004.

96 Schnorr, R.: "Los impuestos de salida en la normativa alemana a la luz de los casos de *Lasteyrie du Saillant* y N", en *Studi Tributari Europei* nº 1, 2009.

97 Daiber, C. y Offermanns, R.: "German exit tax provisions, substantial shareholdings and incompatibility with EC Law", en *European Taxation Journal* vol.45, nº 12, 2005, pp.579 y 580. El debate sobre la cuestión puede consultarse en: Ismer, R., Ekkehart, R. y Rust, A.: "Ist § 6 AStG noch zu halten? - Die Wegzugsbesteuerung auf dem Prüfstand des Gemeinschaftsrechts nach der Entscheidung de *Lasteyrie du Saillant*", en *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht* nº 5, 2004, p.207; Körner: "Europarecht und Wegzugsbesteuerung - das EuGH - Urteil 'De *Lasteyrie du Saillant*' ", en *Internationales Steuerrecht* nº 12, 2004, p.424.

a las sociedades⁹⁸, que al igual que ha sucedido en otros Estados, no ha contado con el visto bueno de la Comisión Europea, como a continuación detallaremos.

En la misma dirección, como ya apuntamos, Países Bajos⁹⁹ acometió una reforma de su legislación, con efectos retroactivos desde el 11 de marzo de 2004 (fecha de la Sentencia *de Lasteyrie*), lo que no impidió que el Tribunal de Luxemburgo confirmara los aspectos que debían modificarse y declarara el *exit tax* neerlandés, en su primigenia configuración, contrario a la libertad de establecimiento.

También Dinamarca se alineó con los países de su entorno e introdujo modificaciones sustanciales¹⁰⁰ en su imposición de salida sobre las personas físicas, lo que conllevó la eliminación, mediante la Ley 221/2004, de extremos tales como la necesidad de solicitar el aplazamiento del pago del impuesto, o la obligación de constituir la oportuna garantía para ello¹⁰¹. No obstante, en lo que entendemos constituye un giro radical en esta materia, el 9 de septiembre de 2008 el Parlamento danés aprobó un Proyecto de ley, presentado por el Ministerio de Hacienda en marzo de 2008, comprensivo de diversas medidas y, entre ellas, de estrictas reglas relativas al *exit tax* aplicable sobre las ganancias patrimoniales derivadas de acciones, con virtualidad de ser aplicado tanto sobre personas físicas como sobre personas jurídicas. La nueva normativa se introdujo, de manera incomprensible, con efectos retroactivos desde el 30 de marzo de 2008, sembrando inquietud y malestar entre los contribuyentes que habían confiado en la regulación entonces vigente, conforme al principio de seguridad jurídica. El endurecimiento de las disposiciones atinentes a la solicitud del aplazamiento de pago, conjuntamente con otros aspectos destacados¹⁰² del impuesto, incitaron a que la nueva ley fuera denostada de inmediato por los expertos¹⁰³ y cuestionada a la luz del Derecho Comunitario.

No es Dinamarca el único país que observa semejante conducta, pues también en el ordenamiento jurídico sueco¹⁰⁴ se han instaurado en los últimos tiempos preceptos que contienen *exit taxes* aplicables en el ámbito societario¹⁰⁵, de muy dudosa compatibilidad con el principio de libertad de

98 English, J.: "Reform of the reorganization Tax Act and related changes", en *European Taxation Journal* vol.47, n° 7, 2007, pp.344 y 345, donde el autor avanza ya su disconformidad con la medida.

99 Boers, S.: "El impacto del Derecho Comunitario sobre la normativa holandesa en materia de *exit tax*", en *Studi Tributari Europei* n° 1, 2009.

100 Clark, B. y Pouletty, M.: "Lasteyrie du Saillant decision and Denmark's exit tax regime", en *Tax Planning International Focus* n° 5, 2004, pp.13-16.

101 IBFD Tax News Service vol.38, n° 23, 2004.

102 Pedersen, B.M.: "Stricter exit tax on shares in Denmark", en *Bulletin for International Taxation* vol.63, n° 3, 2009, p.105.

103 Pedersen, B.M.: "Stricter (...)". Ob.cit. p.106.

104 Mutén, L.: "Exit tax en Suecia", en *Studi Tributari Europei* n° 1, 2009.

105 Under Swedish Law, an exit tax is levied on unrealised capital gains, and deductions made for the untaxed reserves if the company is no longer taxable in Sweden upon a change of the seat or place of effective management or in case a permanent establishment ceases its activities in Sweden or transfers its assets to another Member State (Chapter 22, Section 7, 1st paragraph read in conjunction with Chapter 22, Section 5, 4th paragraph, and Chapter 30, Section 8, 4th paragraph of *Inkomstskattelagen*).

establecimiento¹⁰⁶. Así lo demostró, por lo que a este último caso respecta, el inicio por parte de la Comisión Europea de un procedimiento por infracción¹⁰⁷ del Derecho Comunitario contra Suecia que, afortunadamente, ha concluido sin necesidad de remisión al TJCE, toda vez que el Estado sueco se ha avenido a modificar¹⁰⁸ en el grado exigido su legislación en esta sede para acompañarla a los dictados del artículo 49 TFUE.

La Comisión Europea cumple, de esta forma, el objetivo explicitado en su Comunicación de 2006 (página 4), donde afirmaba su intención de controlar a los Estados miembros en este terreno, con vistas a velar por el respeto debido al Derecho Comunitario. Los procedimientos por infracción que la Comisión ha activado desde entonces no han sido escasos, de lo que se colige que la problemática de los *exit taxes* en el seno de la UE y la AEE lejos de desaparecer, se perpetúa, si bien a través de nuevas formas de impuestos sobre la emigración, o de cláusulas distintas a las que hasta ahora han generado mayor controversia.

En esta dinámica se encuentran España y Portugal¹⁰⁹, a las que por sus disposiciones restrictivas en esta sede la Comisión ha enviado ante el TJCE. Ambos Estados hicieron caso omiso del dictamen motivado¹¹⁰ en el que la Comisión les instó a reformar de manera satisfactoria, en un plazo de dos meses, su normativa sobre impuestos de salida respecto a las sociedades, lo que motivó que el 8 de octubre de 2009, la Comisión remitiera el asunto¹¹¹ al Tribunal de Luxemburgo para su resolución definitiva. Sin perjuicio del detenido análisis que de la normativa española realizaremos más adelante, baste consignar que el artículo cuestionado era el 117.1 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, TRLIS), en virtud del cual cuando una sociedad traslada su residencia a otro Estado miembro, o un EP cesa sus actividades en España o transfiere sus activos situados en España a otro Estado miembro, las plusvalías no realizadas deben integrarse en la base imponible de ese ejercicio, en tanto que las plusvalías no realizadas correspondientes a operaciones de ámbito estrictamente nacional no se incluyen en la base imponible.

Por su parte, con arreglo a la normativa portuguesa, si el domicilio social y la sede de dirección efectiva de una sociedad se trasladan a otro Estado miembro, o si un EP cesa sus actividades en Portugal o transfiere sus activos situados en Portugal a otro Estado miembro: la base imponible de ese ejercicio

106 Ya en el ámbito interno, el Swedish Board for Advance Tax Rulings (órgano cuasi judicial competente para dictar resoluciones a consultas tributarias) había considerado, en su decisión de 26 de septiembre de 2006, que el impuesto sueco a la emigración relativo a las entidades no era acorde a los postulados del Derecho Comunitario. En concreto, decretó la incompatibilidad del impuesto de salida sueco en relación con el traslado de una sociedad sueca a Malta. Atendida la imposibilidad de que el citado Board someta directamente la cuestión al examen del TJCE, será en su caso el TS sueco (Supreme Administrative Court) el que tenga la última palabra en este sentido. Rainer, A., Roels, J., Thömmes, O., Tomsett, E., Weening, G. y Van der Hurk, H.: "Swedish ATR Board finds exit taxation rules for companies contrary to EC Treaty", en *Intertax* vol.35, n° 1, 2007, pp.65 y 66.

107 European Commission press release IP/08/1362; Brussels, 18 September 2008. The Commission's case reference number is 2007/2372.

108 European Commission press release IP/10/299; Brussels, 18 March 2010.

109 Pires, M.: "Exit taxes", en *Studi Tributari Europei* n° 1, 2009.

110 European Commission press release IP/08/1813; Brussels, 27 November 2008.

111 European Commission press release IP/09/1460; Brussels, 8 October 2009. European Commission press release IP/10/299; Brussels, 18 March 2010. European Commission press release IP/10/1565; Brussels, 24 November 2010. European Court of Justice case Commission v. Spain (C-64/11).

incluirá las posibles plusvalías no realizadas sobre los activos de la sociedad, mientras que las plusvalías no realizadas procedentes de operaciones de ámbito estrictamente nacional no se incluyen en la base imponible; además, los socios de la sociedad que traslada al extranjero su domicilio social y su lugar de administración efectiva, están sujetos a imposición por la diferencia entre el patrimonio neto de la sociedad (valorado a precio de mercado en el momento del traslado) y el coste de adquisición de su participación.

Desde el punto de vista de la Comisión, tal imposición inmediata penaliza a las sociedades que desean abandonar Portugal o España o transferir sus activos al exterior, bien entendido que supone otorgarles un trato menos favorable que a las sociedades que permanecen en el país, o que transfieren sus activos dentro del territorio nacional. La situación expuesta se agrava todavía más, por el hecho de que tanto España como Portugal están siendo asimismo objeto de sendos procedimientos de infracción a causa de sus impuestos a la emigración sobre personas físicas. Tras ignorar el Estado español el dictamen motivado de la Comisión, en el que se le premiaba a efectuar los pertinentes cambios legislativos, a fin de que la disposición atinente a la imputación de rentas cuando se produce el cambio de residencia al extranjero (artículo 14.3 LIRPF) se adecuara a los postulados comunitarios, la Comisión Europea ha sometido el asunto a la consideración del TJCE¹¹².

Todavía en el segundo estadio del procedimiento de infracción contemplado en el artículo 258 TFUE, se encuentra el Estado portugués, habiendo considerado la Comisión que los artículos 10.9 y 38.1.a) del *Código do IRS*¹¹³ son susceptibles de obstaculizar o restringir el contenido del artículo 49 TFUE. Portugal dispone de un plazo de dos meses, a contar desde la notificación de tal requerimiento, para llevar a cabo las modificaciones correspondientes en su normativa interna.

Concluyendo, la problemática de los *exit taxes* adquiere una dimensión generalizada en el momento actual, al afectar no sólo a las personas físicas sino también a las jurídicas, y haberse extendido a buena parte de los Estados miembros. El caso más reciente lo protagonizan Bélgica, Dinamarca y Países Bajos, respecto de los cuales la Comisión ha iniciado un nuevo procedimiento de infracción¹¹⁴ relativo a sus respectivos gravámenes de salida¹¹⁵ que, de modo inmediato, se aplican sobre las entidades cuando

112 European Commission press release IP/09/1635; Brussels, 29 October 2009. The Commission's case reference number is 2007/2381.

113 According to Article 10(9) of the *Código do IRS*, capital gains or losses arising in case of an exchange of shares will be included in the shareholder's taxable income of the calendar year in which he ceases to be resident in Portugal. The gain or loss will be determined by calculating the difference between the market value of the shares received and the book value of the shares handed over. However, if the shareholder who engages in an exchange of shares maintains his residence in Portugal, the value of the shares received is the value of those handed over; a taxable gain will only arise if there is an additional payment in cash. In addition, Article 38.1.a) of the *Código do IRS* provides that the transfer to a company of assets and liabilities related to an economic or professional activity by a natural person is tax exempt if the legal person to which the assets and liabilities have been transferred has its seat or place of effective management in Portugal, whereas such a transfer is taxed if the legal person has its seat or place of effective management abroad.

114 European Commission press release IP/10/299; Brussels, 18 March 2010. The Commission's case reference numbers are: 2008/4250 (Belgium), 2008/2157 (Denmark) and 2008/2207 (The Netherlands). El citado dictamen motivado fue desoido por parte de Dinamarca (Case C-261/11) y Países Bajos (Case-301/11), que han sido denunciados ante el TJCE por este tema.

115 Las normas susceptibles de conculcar el artículo 49 TFUE son, respectivamente: - En Bélgica, los artículos 208, 209 y 210, párrafo 1, punto 4 del Código tributario sobre la renta; - En Dinamarca, el artículo 7 A de la Ley del Impuesto sobre Sociedades; - Y, en Países Bajos, los artículos 3.60 y 3.61 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de 2001 y los artículos 15c y 15d de la Ley del Impuesto sobre Sociedades de 1969.

éstas trasladan su residencia o sus activos a otro Estado. Una vez más, la Comisión Europea insiste en que el sometimiento a tributación de ganancias de capital devengadas, pero todavía no realizadas en la fecha de salida, resulta inadmisibile en ausencia de una imposición comparable en situaciones puramente domésticas.

Atendidas las numerosas disposiciones nacionales en materia de impuestos a la emigración que, teóricamente, pueden vulnerar todavía hoy la libertad comunitaria de establecimiento, consideramos insuficiente la labor desarrollada hasta ahora por las instituciones europeas. Si nos detenemos a analizar la estructura y caracteres de los vigentes impuestos de salida diseñados por los Estados miembros, descubrimos que poco se ha avanzado desde los primeros pronunciamientos del Tribunal de Luxemburgo en 2004 y 2006; incluso cabría afirmar que se ha retrocedido en una parcela de importancia singular para el fomento de las relaciones supranacionales, puesto que son cada vez más numerosos los ordenamientos jurídicos internos que articulan impuestos de salida discriminatorios, que tratan injustamente la deseable movilidad -sin ánimo abusivo- en el seno de la UE. Sería por ello necesaria una actuación conjunta de las tres instituciones comunitarias, de manera que las sentencias que dicte el TJCE en esta órbita sean secundadas, sin matices, por la Comisión Europea y el Consejo ECOFIN. Es posible, con todo, que aún así los Estados miembros actuaran al margen de las coordenadas indicadas, pero creemos que tal conducta sería residual y poco significativa, al existir una doctrina comunitaria consolidada, y no criterios que en ocasiones parecen contradictorios y que explican, aunque en ningún caso justifican, las políticas fiscales nacionales de inadecuación al Derecho Comunitario en materia de impuestos de salida.

En otro orden de cuestiones, conviene puntualizar que si bien la interpretación de las disposiciones reguladoras de las libertades comunitarias efectuada por el TJCE se está extendiendo progresivamente al Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (AEEE)/Área Económica Europea (AEE, ya citada), dicha extrapolación de la jurisprudencia comunitaria en materia tributaria al ámbito de las relaciones con terceros países plantea importantes dudas¹¹⁶, en la medida en que nos encontramos ante una situación no equiparable. El propio TJCE ha declarado la falta de justificación de la restricción fiscal creada por las normas nacionales, en base a que los mecanismos comunitarios de asistencia mutua para el intercambio de información y la recaudación permiten a las Administraciones fiscales internas realizar idéntica labor a través de medios menos restrictivos. Este argumento decaería, sin embargo, en aquellas operaciones llevadas a cabo por Estados miembros con terceros países, en cuyo seno tales mecanismos comunitarios de cooperación inter-administrativa no son aplicables, sin perjuicio de la existencia de otros cauces de asistencia en esta sede. Dada la inaplicación de las Directivas comunitarias en terceros países, e incluso en los Estados signatarios del Acuerdo de Libre Comercio (Islandia, Liechtenstein y Noruega), entendemos que no es posible trasladar automáticamente la doctrina del TJCE sobre impuestos de salida a estos países, aun cuando con arreglo a determinados tratados con la UE los ciudadanos de estos últimos Estados sí puedan invocar, con matices, la aplicación de las libertades comunitarias¹¹⁷.

116 Calderón Carrero, J.M.: "La compatibilidad (...)". Ob.cit. pp.117 y 124, donde alude a la interpretación restrictiva de la libre circulación de capitales respecto de operaciones con terceros países, efectuada por el TJCE en sus Sentencias de 23 de febrero de 2006 (C-513/03) y 3 de octubre de 2006 (C-452/04).

117 Malmer, K. "Emigration (...)". Ob.cit. p.83; Véase también la Comunicación de la Comisión Europea de 2006, COM(2006)825 final. Ob.cit. pp.8-10.

3. Compatibilidad de los impuestos de salida con el Derecho Internacional Tributario.

Con carácter general, las situaciones transfronterizas entre Estados miembros suelen presentar implicaciones no sólo en el ámbito del Derecho Comunitario, sino también por lo que concierne al Derecho Internacional Tributario y, especialmente, a la aplicación de los CDI. Se echa de menos, por tal motivo, una específica regulación de las consecuencias fiscales que para una persona física o jurídica comporta el cambio de residencia a otro Estado, pues al margen de unos escasos párrafos (8 a 10.2) en los Comentarios al artículo 1 CM OCDE, ni en éste ni en el CM ONU se hace referencia a dicho aspecto, como tampoco a los efectos que en materia tributaria pudiera conllevar la renuncia a la ciudadanía. *A sensu contrario*, la reflexión anterior equivaldría a decir que no existe ningún principio general que habilite a los Estados soberanos a exigir impuestos a la emigración.

En la práctica, la cuestión a dilucidar se polariza en torno a si la exacción de los impuestos a la emigración resulta acorde con lo dispuesto en los artículos 13(5) ó 18 CM OCDE, que atribuyen en exclusiva al Estado de residencia del transmitente/perceptor el poder para gravar las ganancias patrimoniales derivadas de acciones¹¹⁸, o la pensión, respectivamente. El debate resulta interesante, pues ciertamente existen argumentos fundados para sostener ambas tesis. Un primer sector de la doctrina, que niega cualquier incompatibilidad entre los impuestos de salida y las cláusulas convencionales mencionadas, subraya que tales gravámenes se exigen justo antes de que el contribuyente transfiera su residencia al extranjero, lo que demuestra que en el momento de la liquidación del impuesto el CDI todavía no resulta aplicable, puesto que el transmitente no ha adquirido la nueva residencia en el otro Estado. A juicio de estos autores, los Estados que exigen impuestos a la emigración fundamentan la legitimidad de su poder tributario para ello en su legislación doméstica¹¹⁹.

Por el contrario, una segunda corriente doctrinal estima que los *exit taxes* contrarían el artículo 13(5) CM OCDE, por cuanto a raíz de la emigración el Estado en cuestión ejercita derechos de imposición sobre ganancias patrimoniales, a los que había renunciado con carácter previo a favor del Estado en el que el contribuyente es residente cuando enajena las acciones y obtiene efectivamente el incremento patrimonial. Idéntico planteamiento puede predicarse en el supuesto de las pensiones, al que alude el artículo 18 CM OCDE. Por nuestra parte, nos adherimos a esta última postura, encabezada por De Broe¹²⁰, que entendemos interpreta de manera más acertada tanto la causa y el propósito al que se encaminan

118 Como es sabido, el CM OCDE sirve de paradigma a los Estados soberanos en orden a la distribución de su poder tributario sobre los distintos tipos de renta. El artículo 13 CM OCDE se ocupa de las ganancias patrimoniales, asignando la potestad tributaria en el caso de determinadas ganancias, al Estado contratante en el que el transmitente se encuentra establecido o al Estado contratante en el que la propiedad que subyace se halla radicada. El artículo 13 no se refiere expresamente a las ganancias patrimoniales derivadas de títulos, por lo que éstas se engloban dentro de la cláusula contenida en el artículo 13(5) CM OCDE, en virtud de la cual sólo el Estado de residencia del transmitente se encuentra legitimado para someter a tributación tales ganancias. Así lo dispone también el párrafo 30 de los Comentarios al artículo 13 CM OCDE, y ha sido reconocido doctrinalmente, entre otros, por: De Kort, J.W.J.: "Levy upon emigration of a substantial participation holder: an infringement of Article 13 of the OECD Model Convention", en *Intertax* vol.31, n° 3, 2003, p.103.

119 Weizman, L.: "Departure taxation - Treaty override? Extraterritorial Tax Law", en *European Taxation Journal* vol.34, n° 2, 1994, p.79; Van der Hurk, H. y Korving, J.: "The ECJ's judgement (...)". Ob.cit. p.154; De Broe, L.: "The relevance (...)". Ob.cit. p.119.

120 De Broe, L.: "The relevance (...)". Ob.cit. p.120.

los *exit taxes*, como la esencia de los CDI. La primera posición se sustenta, a nuestro parecer, sobre una verdad a medias, pues aunque suele ser cierto que los *exit taxes* comportan una imposición inmediata, en la fecha del cambio de residencia, tal imposición no se debería materializar en teoría hasta que la ganancia patrimonial se hubiera obtenido efectivamente, y de hecho así se articula en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno en los que, como ya se ha examinado, se efectúa una pre-liquidación, aplazándose el pago del impuesto al momento de realización del valor de los activos. Acogerse al dato de que todavía se es residente con el fin de gravar una plusvalía latente no deja de ser, desde nuestra perspectiva, un argumento desesperado de último recurso para retener una potestad de gravamen que, legítimamente desde el punto de vista internacional, no corresponde sino al Estado de la inmigración.

La cuestión cuyo estudio nos ocupa tampoco resulta pacífica a nivel de los Tribunales internos. El TS neerlandés, por ejemplo, mantiene una jurisprudencia cambiante en este punto, pues unas veces considera que el impuesto de salida sobre ganancias patrimoniales resultante de la venta de acciones no viola lo dispuesto en los CDI suscritos por Países Bajos (*Hoge Raad*, 20 de febrero de 2009)¹²¹ y otras, en cambio, sí condena tal infracción en materia de pensiones (*Hoge Raad*, 19 de junio de 2009)¹²². A esta última línea de pensamiento se adscribe también el TS belga que, al hilo de su Sentencia de 5 de diciembre de 2003, denostó el impuesto de salida previsto en Bélgica sobre las pensiones, que posteriormente fue declarado incompatible con el Derecho Comunitario por parte del TJCE, por entender que no estaba en consonancia con el correspondiente artículo sobre el derecho a gravar las pensiones, previsto en el CDI franco-belga¹²³.

Ahora bien, lo antedicho no debe conducirnos a la errónea convicción de que los *exit taxes* no tienen cabida posible en este campo, a juzgar por la observancia generalizada que los Estados miembros llevan a cabo respecto al artículo 13(5) CM OCDE. Antes al contrario, existen dos posibles cauces para compatibilizar la existencia de los primeros con el debido respeto a las obligaciones convencionales contraídas por los Estados parte, a saber: a) La formulación de una reserva, con base en el tenor del artículo 13(5) CM ONU, que permite el gravamen de tales ganancias en el Estado en el que la entidad es residente. De hecho, son numerosos los Estados miembros de la OCDE que se han reservado el derecho a introducir en sus acuerdos bilaterales una cláusula similar a la citada, como sucede en buena parte de los CDI suscritos por Francia, India, Austria, Noruega, Argentina y Suecia¹²⁴; b) La inserción de una cláusula de recuperación (*clawback*) en el articulado de sus CDI, conforme a la cual quedan habilitados para gravar a antiguos residentes por las ganancias derivadas de ciertos bienes patrimoniales si las mismas se obtienen dentro de un determinado período de tiempo posterior a la emigración. Casi todos los acuerdos bilaterales suscritos por Canadá y Países Bajos, así como un número relevante de CDI de Austria, Suecia, Reino Unido, Alemania y Noruega albergan este tipo de cláusula¹²⁵. En sentido estricto, esta última medida implicaría ya un salvoconducto para la aplicación del *exit tax*, por cuanto las *clawback measures* constituyen en sí

121 Hoge Raad, 20 February 2009, Nos. 42.699, 42.701, 42.702 and 07/121134. De Broe, L.: "The relevance (...)". Ob.cit. p.119.

122 Hoge Raad, 19 June 2009, Nos. 43.978, 07/13267 and 08/02288. De Broe, L.: "The relevance (...)". Ob.cit. p.120.

123 De Broe, L.: "Hard times (...)". Ob.cit. pp.230-236; De Broe, L. y Willoqué, K.: "Interpretation of Articles 13, 15 and 18 of the OECD Model Convention. The 2009 decisions of the Dutch Supreme Court on the exit taxes on substantial shareholdings and pension claims: Treaty override or not?", de inminente publicación en el Libro Homenaje al Profesor Avery Jones.

124 De Broe, L.: General report. Ob.cit. p.52.

125 De Broe, L.: General report. Ob.cit. p.51.

mismas una modalidad de impuesto a la emigración, si bien la formulación de una reserva por referencia al artículo 13(5) CM ONU representa asimismo un presupuesto indirecto habilitante para la consiguiente aplicación de impuestos de salida.

La vulneración e inobservancia del Derecho Internacional Tributario, explicitado a través del contenido de los CDI aplicables se produciría, en consecuencia, si un Estado firmara un tratado bilateral sin formular reserva alguna respecto al *dictum* del artículo 13(5) CM OCDE y, posteriormente, pretendiera exigir en la práctica los impuestos a la emigración contemplados en su normativa interna; o, igualmente, si vigente ya un CDI comprensivo de la cláusula mencionada, el Estado en cuestión introdujera *ex novo* en su ordenamiento jurídico un impuesto de salida cuya exacción, en buena lógica, quedaba vedada con arreglo a lo dispuesto en el tratado internacional preexistente. En cierto modo, como destaca De Broe¹²⁶, tales conductas en quiebra de las obligaciones asumidas convencionalmente, suponen asimismo una violación de los principios de interpretación y aplicación de los tratados, comprendidos en los artículos 30 a 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en la medida en que implicarían una interpretación del artículo 13(5) de mala fe. Más aún, podría denunciarse que una interpretación de tal naturaleza entrañaría una transgresión de lo dispuesto en el artículo 3(2) CM OCDE, seguido también por la mayoría de sus Estados miembros, al amparo del cual sería inaceptable, al objeto de interpretar un término no definido en el propio tratado, acudir a ficciones jurídicas introducidas tras la entrada en vigor del CDI y que, en definitiva, alteran el equilibrio tributario entre Estados contratantes, concebido como fin último del convenio.

Los supuestos aludidos evidencian que también el Derecho Internacional Tributario, y no sólo el Derecho Comunitario, puede verse negativamente afectado, en lo que respecta a los principios y garantías a favor de los contribuyentes, por una aplicación descuidada de los impuestos a la emigración. Como es obvio, al dirigirse los CDI a asegurar el reparto equitativo de la potestad tributaria entre los Estados soberanos, y no tanto a la salvaguarda de concretos derechos y libertades en un territorio en concreto, como ocurre con el Derecho Comunitario, las potenciales infracciones protagonizadas por los impuestos de salida en este último ámbito serán, a buen seguro, más frecuentes, en comparación con los eventuales conflictos que aquéllos susciten en el terreno convencional. Ello no obsta, sin embargo, que sea necesario exigir a los Estados el cumplimiento riguroso de una serie de medidas que, en ausencia de un Tribunal internacional de carácter fiscal, tiendan a evitar posibles controversias generadas por la aplicación de los *exit taxes* en el contexto internacional. Tales mecanismos de garantía¹²⁷, reivindicados tanto por la doctrina como por la Comisión Europea, pueden sintetizarse como sigue: en primer término, cabe resaltar que el Estado de la emigración debe preservar en sus CDI su derecho a gravar mediante los impuestos de salida, a riesgo de contravenir en caso contrario las exigencias internacionales; en segundo término, debe asegurarse de que el Estado en el que el contribuyente adquiere la residencia prevé algún mecanismo para soslayar la doble imposición internacional suscitada, en el supuesto de solapamiento de gravámenes; y, en tercer lugar, si el Estado de residencia no contemplara método alguno en tal sentido, debería el Estado de la emigración, que al fin y al cabo es el que exacciona el *exit tax*, posibilitar la deducción del tributo satisfecho en el nuevo Estado de la residencia, con la finalidad de evitar la doble imposición y, por consiguiente, la infracción de los principios de justicia tributaria.

126 De Broe, L.: "The relevance (...)". Ob.cit. p.121; Igualmente: Van den Hurk, H. y Korving, J.: "The ECJ's judgement (...)". Ob.cit. p.154.

127 De Broe, L.: "The relevance (...)". Ob.cit. p.121; Communication from the Commission (...). COM(2006)825 final. Ob.cit. p.5.

4. La imposición a la emigración en España: controversias planteadas por los *trailing taxes*.

Sin perjuicio de las referencias puntuales que a lo largo del trabajo se han efectuado al caso español, abordaremos en este epígrafe de manera más detenida todas aquellas cuestiones que plantea la normativa tributaria española en relación con los cambios de residencia o de domicilio tanto de personas físicas como jurídicas, al territorio de otros Estados miembros. Distinguimos para ello entre las medidas previstas en la legislación interna propiamente dicha, y las diseñadas en los CDI suscritos por nuestro país, con el doble objetivo de examinar su adecuación no sólo al Derecho Comunitario, sino también a los principios del Derecho Internacional Tributario.

4.1. Medidas previstas en la legislación interna española.

4.1.1. Medidas fiscales sobre la emigración respecto a las personas físicas.

Como ya se ha precisado, no existen en el ordenamiento jurídico español impuestos de salida en sentido estricto referidos a las personas físicas, pero sí figuras muy próximas susceptibles de provocar restricciones semejantes y, por tal motivo, generar puntos de fricción con el artículo 49 TFUE, tal y como ha sido interpretado por el TJCE.

La primera norma cuestionada sería el criterio de imputación temporal de rentas contenido en el artículo 14.3 LIRPF que, como es sabido, prevé una regla especial para los supuestos de cambio de residencia del contribuyente al extranjero, que excepciona tanto la regla general cuanto la regla especial previstas en los apartados 1 y 2 del mismo precepto. En particular, el artículo 14.3 LIRPF dispone la obligatoriedad, cuando el contribuyente pierda tal condición por cambio de residencia, de integrar todas las rentas pendientes de imputación en la base imponible correspondiente al último período impositivo que deba declararse por este impuesto, practicándose, si procediera, autoliquidación complementaria, sin sanción ni intereses de demora, ni recargo alguno.

Ciñéndonos al caso de las ganancias patrimoniales resultantes de la enajenación de activos, resulta innegable la similitud entre esta cláusula y los impuestos a la emigración concebidos como *protective measures* -no como cláusulas anti-abuso-, a imagen y semejanza del *exit tax* francés examinado por el Tribunal de Luxemburgo en el Caso *N*. Las consecuencias restrictivas que implica la aplicación del artículo 14.3 LIRPF son obvias, sobre todo si se aprecia que de no producirse el cambio de residencia señalado, dichas ganancias no se integrarían en la autoliquidación del contribuyente hasta que concurriera el presupuesto de la correspondiente regla de imputación.

Creemos importante matizar, no obstante, que esta medida especial de imputación temporal de rentas no puede ser calificada, a nuestro juicio, ni como un impuesto de salida *stricto sensu*, ni como una extensión del poder de sujeción (*extended tax liability*). No se trata de un *exit tax* porque la ley no

pretende hacer tributar el cambio de residencia¹²⁸ respecto a rentas aún no obtenidas, pero generadas en el período en el que se tenía la condición de residente, sino que estamos ante rentas ya realizadas en territorio español que, sin embargo, por la aplicación de otros criterios de imputación temporal, están pendientes de tributación. Tampoco nos hallamos ante una extensión del poder de sujeción o trailing tax. Y ello es así porque la persona física será o no residente en territorio español de acuerdo con los criterios de territorialidad o de intereses económicos recogidos en la LIRPF; cuando abandone la residencia en España, el artículo 14.3 LIRPF no le obliga a tributar como si todavía fuera residente, sino que a través del mismo se le exige la tributación de aquello que tuviera pendiente con el Estado de la emigración, y que sólo se producirá cuando en algún período hubiera utilizado un criterio temporal de imputación que le hubiera permitido diferir el gravamen de unas rentas ya devengadas¹²⁹. Constituye esta medida, en definitiva, una figura no encuadrable dentro del organigrama de los impuestos a la emigración pero que, tanto por tomar como referencia el cambio de residencia, como por los efectos negativos equivalentes que conlleva su aplicación, presenta notable afinidad con los impuestos de salida, debiendo analizarse su compatibilidad con la libertad de establecimiento a la luz de la jurisprudencia comunitaria.

Si tenemos presentes los razonamientos del TJCE en los Asuntos de *Lasteyrie, N y Comisión contra Bélgica*, llegamos pronto a la conclusión de que el artículo 14.3 LIRPF, mediante la anticipación del pago de impuestos a causa del cambio de residencia operado, puede disuadir o restringir el ejercicio de dicha libertad comunitaria en el ámbito de la UE y del AEE, con independencia de que el Estado de la inmigración sea considerado como paraíso fiscal¹³⁰. Dicha tributación inmediata se traduce en un tratamiento dispar en comparación con los contribuyentes, incursos en una situación comparable, que mantienen su residencia en territorio español, dado que éstos continuarán beneficiándose del diferimiento de pago sin necesidad de constituir garantía alguna.

La discriminación se aprecia con mayor claridad cuando examinamos las normas reglamentarias que desarrollan el artículo 14.3 LIRPF y que, aparte de imposibilitar el diferimiento previsto en el artículo 14.2.d) LIRPF, someten a los contribuyentes que trasladan su residencia al extranjero a condiciones más gravosas en orden a solicitar el fraccionamiento de pago. A la obligación de presentar la correspondiente autoliquidación, en el plazo de tres meses a contar desde la fecha del cambio de residencia, se añade la necesidad de ofrecer garantía en forma de aval solidario de entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o certificado de seguro de caución, según el artículo 63 del Real Decreto 63/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las personas físicas (en

128 En la misma dirección: Sanz Clavijo, A.: "The European Commission's infringement cases about Spanish exit taxes provisions for individuals and companies", en *Intertax* vol.38, nº 6-7, 2010, p.375, al afirmar que: "Eventually, the application of Article 14.3 LIRPF itself does not cause any tax levy due to the mere fact of change of residence, but, as a result of the temporal attribution of incomes under a criterion different from the general and special ones provided by articles 14.1 and 2 LIRPF for taxpayers that retain their residence in Spain and to the extent that the relevant rules of tax collection do not provide deferral of tax liability resulting from the application of the first article, produces effects equivalent to those exit tax measures described previously". Asimismo: Martín Jiménez, A. y Calderón Carrero, J.M.: "Los impuestos de salida y el Derecho Comunitario Europeo a la luz de la legislación española", en *Crónica Tributaria* nº 125, 2007, p.51. Ruiz Almendral, V.: "La tributación del no residente comunitario: entre la armonización fiscal y el Derecho Tributario Internacional", *EUI Working Papers LAW* 2008/25 (Fiesole, 2008), p.29.

129 Bayona Giménez, J.J. y Navarro Faure, A.: Spanish national report, en *Cahiers de Droit Fiscal International* vol.87.b, 2002 Oslo Congress of the International Fiscal Association, Kluwer Law International, p.487.

130 Martín Jiménez, A. y Calderón Carrero, J.M.: "Los impuestos (...)". Ob.cit. p.51.

adelante, RIRPF), todo lo cual sitúa esta regulación en un terreno muy próximo al de la medida neerlandesa a la emigración declarada contraria al Derecho Comunitario por el TJCE en el Caso *N*.

Avanzando un paso más, deberíamos valorar seguidamente si el obstáculo a la libertad de establecimiento que el artículo 14.3 LIRPF supone, persigue empero un objetivo de interés público compatible con el TFUE y, en tal caso, si el precepto mencionado se reputa adecuado para alcanzar dicho objetivo y no va más allá de lo necesario para su consecución. Sin lugar a dudas, la finalidad pretendida por dicha regla especial de imputación temporal es la lucha contra la evasión fiscal y, señaladamente, contra los cambios ficticios de residencia, como se reconoció durante el procedimiento legislativo para su aprobación ante el Parlamento español. Esta constatación refuerza nuestro punto de vista sobre el carácter no ajustado de la norma que nos ocupa respecto a los dictados comunitarios, toda vez que pone de manifiesto, por un lado, la práctica coincidencia con el fin perseguido por el *exit tax* francés y que fue rechazado de plano por el TJCE (en el bien entendido de que no todo cambio de residencia implica necesariamente una elusión fiscal) y, por otro lado, su lejanía respecto del argumento considerado legítimo por el Alto Tribunal al hilo del Caso *N*, consistente en la distribución del poder tributario entre jurisdicciones a la que se orientaba teleológicamente el impuesto de salida neerlandés¹³¹.

Conviene hacer notar, en esta misma línea, que tampoco desde la perspectiva de su adecuación y proporcionalidad como medida dirigida a lograr el objetivo marcado (aun siendo innecesario ya este examen, por haberse revelado la invalidez de dicho objetivo para legitimar la medida), superaría ésta el estricto test exigido por el TJCE, atendidas las propuestas alternativas indicadas que, consistentes eminentemente en la coordinación inter-administrativa mediante las Directivas de intercambio de información y asistencia en materia de recaudación tributaria, devienen menos restrictivas en este campo. Consideramos que el legislador español debería haber sido más hábil y, una vez recibido el dictamen motivado de la Comisión Europea exigiendo las modificaciones oportunas, tendría que haber extendido con carácter general la posibilidad de aplazamiento del pago prevista en el artículo 14.2 LIRPF hasta la efectiva disposición de los activos, y no limitarla exclusivamente a quienes conserven su residencia en España, eliminando al mismo tiempo la exigencia de prestar garantía para obtener el mismo¹³².

Se comprende así, teniendo en cuenta tales circunstancias, que tras desoír el Estado español el requerimiento formal de la Comisión Europea al objeto de que la legislación española se adaptara en este punto a la doctrina emanada del TJCE, nos encontremos ahora inmersos en un procedimiento por infracción del artículo 49 TFUE que al Alto Tribunal compete dilucidar¹³³ y respecto de la cual, a la vista de los antecedentes expuestos, no albergamos ninguna duda.

Una segunda medida cuya aplicación podría cuestionarse, a raíz de las indeseables consecuencias que de ella se derivan en relación con el Derecho Comunitario, sería el régimen de extensión de la residencia

131 Sanz Clavijo, A.: "The European (...)". Ob.cit. p.375.

132 En opinión de Martín Jiménez y Calderón Carrero, "la jurisprudencia comunitaria en el Asunto N podría jugar en este supuesto, de manera que la regla de imputación especial motivada por el cambio de residencia debería poder quedar inaplicada operando las reglas generales del artículo 14 de la Ley 35/2006, sin perjuicio de que el contribuyente se viera obligado a presentar una declaración (o incluir en su última autoliquidación) indicando la existencia de rentas pendientes de imputación". Martín Jiménez, A. y Calderón Carrero, J.M.: "Los impuestos (...)". Ob.cit. pp.51 y 52.

133 Asunto C-269/09; Official Journal 220/28, de 12 de septiembre de 2009.

fiscal contemplado en el artículo 8.2 LIRPF. En virtud de esta cláusula anti-abuso, constitutiva de una modalidad de impuesto a la emigración conocida en la práctica internacional como *trailing tax* o *unlimited extended tax liability*, se sigue considerando residentes en territorio español a las personas físicas de nacionalidad española que trasladen su residencia a un paraíso fiscal, durante el período impositivo en el que se efectúe dicho cambio y los cuatro ejercicios siguientes. Nótese que la misma se configura como una extensión del poder de sujeción de manera ilimitada en cuanto al tipo de renta, aunque limitada en su ámbito de aplicación respecto a los nacionales españoles y cuando el cambio de residencia se realice a un paraíso fiscal¹³⁴.

Al no tratarse de una presunción, sino de la extensión del poder de sujeción como medida anti-elusión, no cabe prueba en contrario. O, si se prefiere, en lugar de articularse como una presunción *iuris tantum*, se diseña como una presunción *iuris et de iure*, extremo éste en el que radica su carácter controvertido, toda vez que no permite al contribuyente demostrar que el cambio de residencia es real y que responde a motivos válidos, ya sean éstos económicos, laborales, personales o de otra índole. Ello equivale a decir, que lejos de arbitrase con el fin de evitar montajes abusivos o puramente artificiales (*U-turns, round trips*), asistimos a la aplicación de una presunción absoluta de evasión fiscal, en la medida en que se proyecta sobre toda operación de cambio de residencia a un paraíso fiscal. Dejamos constancia, pues, en estas líneas, de nuestro desacuerdo con la estructuración de esta cláusula que, pese a no integrar un impuesto de salida en sentido estricto, ya que a resultas de la misma no se devenga un impuesto sobre el aumento de valor de activos no realizados, dista mucho de poder ser considerada acorde con las libertades comunitarias¹³⁵, lo que podría significar a medio o corto plazo la iniciación de un nuevo procedimiento de infracción por parte de la Comisión Europea contra España.

Por último, el artículo 88 TRLIS regula el régimen sustantivo de tributación de los socios en las operaciones de fusión, absorción y escisión total o parcial en el ámbito societario, planteando serias dudas de compatibilidad con las libertades fundamentales del Tratado por lo que concierne a la regla especial establecida en su apartado tercero. Frente al diferimiento de la tributación de las ganancias patrimoniales obtenidas por un socio -persona física-, fruto de una operación de reestructuración empresarial, que se erige en la regla general, el artículo 88.3 TRLIS obliga a los socios que abandonan su residencia en territorio español a integrar en la base imponible del período impositivo en que se produce dicho cambio, la diferencia entre el valor normal de mercado (en el momento del traslado) de las acciones o participaciones recibidas en la operación, y el valor que a efectos fiscales ostenten dichos activos, previa corrección, en su caso, en el importe de las minusvalías que hayan sido fiscalmente deducibles.

El fundamento de la citada norma estriba en el hecho de que la pérdida de la residencia en España por parte del socio, deslegitimaría a la Administración Tributaria española para gravar los incrementos de patrimonio cuya tributación se difirió; sin embargo, debe reseñarse que el artículo 88.3 TRLIS no sólo impone la integración de la base imponible diferida que se originó en el momento de la reestructuración empresarial, sino también de la renta generada posteriormente en el caso de una eventual revalorización de

134 Se advierte a este respecto, que el listado de paraísos fiscales del RD 1080/1991 incluye Estados miembros de la UE, como Chipre, así como Estados parte del Acuerdo del Espacio Económico Europeo, como Liechtenstein, lo cual podría plantear dudas sobre su compatibilidad con el Derecho Comunitario. Martín Jiménez, A. y Calderón Carrero, J.M.: "Los impuestos (...)". Ob.cit. p.52.

135 En idéntico sentido: Martín Jiménez, A. y Calderón Carrero, J.M.: "Los impuestos (...)". Ob.cit. p.52.

los títulos¹³⁶. Aun cuando la disposición mencionada permite al socio que pierde la condición de residente en España, aplazar el pago de la deuda correspondiente hasta la efectiva transmisión de los valores que obtuvo en la operación de reestructuración empresarial, dicho aplazamiento queda sujeto a la preceptiva constitución de la oportuna garantía, sin que además se excluya el devengo de intereses de demora.

Enlazando con la jurisprudencia del TJCE, observamos no pocos elementos comunes entre la presente norma y los impuestos de salida francés y neerlandés declarados incompatibles con el Derecho Comunitario, especialmente en lo que atañe a su fundamento¹³⁷ y a la necesidad de prestar garantía para la concesión del aplazamiento¹³⁸, lo que nos lleva a sugerir la conveniente rectificación legislativa de dicha regla, en línea con lo señalado respecto al artículo 14.3 LIRPF, posibilitando el aplazamiento automático de la deuda en estos casos sin exigencia alguna de ulteriores requisitos. Sólo de este modo, a nuestro juicio, puede acompasarse el artículo 88.3 TRLIS, como impuesto de salida sobre las personas físicas, a los principios y garantías comunitarios tal y como han sido interpretados por el TJCE.

4.1.2. Medidas fiscales sobre la emigración respecto a las personas jurídicas.

Si bien el objeto de estudio del presente trabajo se centra primordialmente en los impuestos a la emigración aplicables sobre las personas físicas, estimamos conveniente abordar, aunque sea de modo sucinto, las discordancias que asimismo se pueden generar en el ámbito societario español al hilo de los *exit taxes*, con el ánimo de ofrecer una visión más completa de la problemática que nos ocupa.

136 Martín Jiménez, A. y Calderón Carrero, J.M.: "Los impuestos (...)". Ob.cit. p.54.

137 Como han observado Martín Jiménez y Calderón Carrero, el gravamen contenido en el artículo 88.3 TRLIS tampoco puede justificarse con base en la Directiva de Fusiones (Directiva 90/434/CEE), por dos motivos: a) La regla de diferimiento de la tributación prevista en el art.8 de la Directiva de Fusiones establece que la atribución, con motivo de una operación de reestructuración empresarial protegida, de títulos representativos de capital social de una sociedad implicada en tal operación "no dará lugar, por sí misma, a la aplicación de impuesto alguno sobre las rentas, los beneficios o las plusvalías de dicho socio", (...); el único supuesto donde tal gravamen (e inaplicación de la regla de diferimiento) estaría admitido sería en el caso de que resultara aplicable el artículo 11 de la Directiva de Fusiones, esto es, su cláusula antiabuso; sin embargo, entendemos que esta última está configurada para atacar supuestos de rule shopping, esto es, supuestos donde el único fin de la operación de reestructuración empresarial es obtener un ahorro impositivo o ventaja fiscal, de manera que la circunstancia de que un socio cambie de residencia fiscal en el marco de una operación de reestructuración empresarial (con motivo económico válido) no debería poder suponer una inaplicación de una regla material y sustantiva del régimen especial de fusiones (el art.8 de la Directiva de Fusiones), dado que tal cambio de residencia fiscal ni constituye una situación abusiva en sí misma, ni tampoco afecta materialmente al motivo económico válido de la reestructuración empresarial subyacente; y, b) Que la regla del artículo 88.3 TRLIS, (...), no sólo afecta a la plusvalía diferida sino también a la generada con posterioridad por el aumento de valor de los títulos tras la operación de reestructuración empresarial". Martín Jiménez, A. y Calderón Carrero, J.M.: "Los impuestos (...)". Ob.cit. pp.55 y 56.

138 Sí resultan compatibles con el Derecho Comunitario, por el contrario, las obligaciones formales exigidas como resultado de un cambio de residencia, a fin de que el Estado de la emigración pueda controlar y recaudar el impuesto sobre la ganancia generada en su territorio, cuando los títulos son transmitidos después del cambio de residencia. Véase, en esta dirección: Calderón Carrero, J.M.: "La compatibilidad (...)". Ob.cit. pp.103-126.

El punto de partida podría situarse en la Comunicación de 2006 de la Comisión Europea¹³⁹, a través de la cual ésta se mostró favorable a la extensión a las sociedades de la doctrina jurisprudencial comunitaria en materia de impuestos de salida, recaída fundamentalmente en *de Lasteyrie y N*. También la mayor parte de la doctrina se ha posicionado en esta línea, aunque puntualizando que cuando las consideraciones vertidas en dichos casos se proyecten sobre las entidades, dicha interpretación deberá realizarse a la luz de las SSTJCE en el contexto societario¹⁴⁰ (*Daily Mail*, *Centros*¹⁴¹, *Überseering e Inspire Art*¹⁴²). De conformidad con tales pronunciamientos, cuando el traslado de la sede de dirección efectiva determine la pérdida de personalidad jurídica en el ordenamiento de origen, nada impedirá que se exijan los impuestos correspondientes como si de una disolución o liquidación se tratara. Advuértase, sin embargo, que tales impuestos no constituirán *exit taxes*, “sino la consecuencia inherente al cambio de *lex societatis* y la pérdida del estatuto de la sociedad de conformidad con el ordenamiento de constitución, que imposibilitará la invocación de la libertad de establecimiento”¹⁴³.

Esta primera conclusión cuenta en la actualidad con el respaldo legislativo, por lo que a nuestro país concierne, de la Ley 3/2009, de 3 de abril (en adelante, Ley 3/2009), reguladora de las modificaciones estructurales de las sociedades y que, en su artículo 93.1, dispone expresamente que el cambio de domicilio de una entidad constituida con arreglo al Derecho español sólo se producirá si el Estado de destino autoriza el mantenimiento de su personalidad jurídica, o lo que es igual, si tal traslado no conlleva necesariamente su liquidación y disolución.

En este orden de cosas, para analizar si en el ordenamiento jurídico español existe algún impuesto de salida sobre las sociedades que se reputa contrario al Derecho Comunitario, se requiere efectuar una lectura conjunta, además del precepto indicado, de los artículos 8, 17.1 y 26.2 TRLIS. La primera de estas normas considera residente en territorio español a toda sociedad que se haya constituido conforme a las leyes de nuestro país, o que tenga su domicilio o sede de dirección efectiva en España. Por su parte, el artículo 26.2 TRLIS declara finalizado el período impositivo de las sociedades residentes en el momento en el que se opere su cambio de residencia al extranjero. Pues bien, precisamente en este supuesto, el

139 Nótese, empero, que la Comisión Europea centra su atención exclusivamente sobre dos casos: el traslado por la sociedad de un Estado miembro a otro, y la transferencia de activos de la casa central a un establecimiento permanente dentro de la UE. Se echa de menos, en este sentido, la consideración de otras situaciones, como podrían ser la transferencia de activos desde un establecimiento permanente a su casa central, o la transferencia de bienes o activos entre dos establecimientos permanentes situados en distintos Estados miembros.

140 Sobre la delimitación de la relación entre la jurisprudencia societaria del TJCE y las sentencias en materia de impuestos de salida, véase, entre otros: Martín Jiménez, A. y Calderón Carrero, J.M.: “Los impuestos (...)”. Ob.cit. pp.56-62; Schneeweiss, H.: “Exit taxation (...)”. Ob.cit. pp.363-374; Panayi, C.: “Corporate mobility in the European Union and exit taxes”, en *Bulletin for International Taxation* vol.63, nº 10, 2009, pp.459-473.

141 STJCE de 9-marzo-1999, Asunto C-212/97, *Centros Ltd y Erhvervs-og Selskabsstyrelsen*.

142 STJCE de 30-septiembre-2003, Asunto C-167/01, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam contra Inspire Art Ltd*.

143 Martín Jiménez, A. y Calderón Carrero, J.M.: “Los impuestos (...)”. Ob.cit. pp.63 y 64, donde añaden que “paradójicamente, (...) los efectos de la jurisprudencia *Lasteyrie* o *N* son mayores en relación con aquellos Estados que sigan un sistema de incorporación en el que el traslado de la sede de dirección (...) a otro Estado no tenga ninguna consecuencia en términos de continuación de la personalidad jurídica de la sociedad constituida de acuerdo con su ordenamiento, que para Estados que vinculen la continuación de la personalidad al hecho de que la sede de dirección efectiva (...) o el domicilio social continúen en su territorio. Sin duda, es una consecuencia paradójica, pero necesaria en un sistema de reconocimiento mutuo de sociedades que admite, tras *Daily Mail*, los criterios del Estado de origen de la sociedad”. En similar dirección: Weber, D.: “Exit taxes (...)”. Ob.cit. p.352.

artículo 17.1 del mismo cuerpo legal obliga a integrar en la base imponible la diferencia entre el valor normal de mercado y el valor contable de los elementos patrimoniales que sean propiedad de la entidad residente en España, excepto cuando tales elementos queden afectados a un establecimiento permanente de dicha sociedad sito en territorio español.

El *quid* de la cuestión estriba en discernir que el artículo 17.1 TRLIS, en contra de lo que *a priori* pudiera pensarse, no establece un impuesto de salida con carácter general y en todos los supuestos de cambio de residencia a otro Estado por parte de una sociedad residente en España¹⁴⁴ sino que, interpretado de acuerdo con la jurisprudencia antedicha, cuya legitimidad resulta ahora cuestionable en virtud de la reforma acometida por la Ley 3/2009, sólo actuará como verdadero *exit tax* cuando dicho traslado permita conservar a la entidad su personalidad jurídica, sin necesidad de liquidación y disolución.

De no ser así, cuando el Estado de la inmigración no posibilite que la entidad conserve su personalidad jurídica y el cambio de residencia comporte necesariamente su disolución y liquidación, el gravamen aplicable sobre las potenciales ganancias patrimoniales no tendrá la consideración de impuesto de salida sino que, antes al contrario, constituirá una consecuencia legal normal derivada de la operación comercial de cambio de residencia a otro Estado¹⁴⁵. No será entonces predicable la doctrina comunitaria sobre impuestos a la emigración, por encontrarnos en este caso a extramuros de dicha problemática.

En definitiva, cabe afirmar que el artículo 17.1 TRLIS, contra el cual se ha dirigido el procedimiento de infracción¹⁴⁶ instado por la Comisión Europea que ha llevado de nuevo a nuestro país al punto de mira del TJCE¹⁴⁷ por posible incompatibilidad con el artículo 49 TFUE, sólo implica una medida impositiva sobre la emigración de las sociedades en determinados supuestos. En concreto, únicamente cuando la entidad pierda su residencia en España, los elementos del activo de la misma no se hallen afectos a un establecimiento permanente radicado en territorio español y el traslado mencionado de la sede estatutaria no acarree su disolución y liquidación, la regla diseñada en el artículo 17.1 TRLIS, en la medida en que somete a imposición inmediata plusvalías latentes y, por tanto, ficticias, sin posibilidad

144 Como se ha subrayado, la traslación de la sede de dirección efectiva a otro Estado puede que sólo determine que la entidad sea considerada residente en ambos Estados. En este supuesto, si existe un CDI español con el Estado de destino que prevé la regla de solución del conflicto de doble residencia, a imagen y semejanza del artículo 4.3 CM OCDE, su condición de entidad doblemente residente, aunque pueda ser considerada residente en el Estado donde tenga su sede de dirección efectiva a efectos de la aplicación del CDI, no desencadenará la aplicación del artículo 17.1.a) TRLIS, y ello pese a que España pudiera estar perdiendo su jurisdicción sobre determinados rendimientos y, especialmente, plusvalías en relación con las cuales podría estar justificada la exacción de un impuesto de salida. Martín Jiménez, A. y Calderón Carrero, J.M.: "Los impuestos (...)". Ob.cit. p.68.

145 Martín Jiménez, A. y Calderón Carrero, J.M.: "Los impuestos (...)". Ob.cit. p.69; Sanz Clavijo, A.: "The European (...)". Ob.cit. p.377.

146 European Commission press release IP/08/1813; Brussels, 27 November 2008.

147 European Commission press release IP/09/1460; Brussels, 8 October 2009. La modificación acometida por el legislador español se consideró insuficiente y motivó el envío de un segundo dictamen por parte de la Comisión Europea el 18 de marzo de 2010. En esta ocasión, España se negó a modificar de nuevo su normativa, a raíz de lo cual el asunto se ha derivado al TJCE. European Commission press release IP/10/1565; Brussels, 24 November 2010. European Court of Justice case Commission v. Spain (C-64/11).

de aplazamiento automático del pago¹⁴⁸ y sin tener en cuenta las posibles pérdidas posteriores de valor de los activos, debe calificarse como un *exit tax* que conculca la libertad comunitaria de establecimiento¹⁴⁹.

Entendemos, en esta línea de pensamiento, que a diferencia de lo que sucede en el ámbito español de impuestos de salida sobre las personas físicas, en el caso del artículo 17.1 TRLIS el TJCE no podrá emitir un pronunciamiento unívoco¹⁵⁰, pues son diferentes las hipótesis sobre las que dicha norma puede desplegar sus efectos, sin que en todo caso actúe como impuesto de salida restrictivo en relación con el cual pueda predicarse la jurisprudencia comunitaria.

4.2. Medidas previstas en los convenios de doble imposición internacional suscritos por España.

El propósito que nos guía en este apartado es el de detectar la posible presencia, en los CDI firmados por España, de medidas tendentes a contrarrestar la pérdida de recaudación tributaria derivada del cambio de residencia de los particulares, así como, en último término, analizar cómo se resuelve la doble imposición internacional generada con ocasión de la aplicación de tales medidas, con vistas a concluir su adecuación desde el prisma del Derecho Internacional Tributario.

Las notas determinantes de este tipo de cláusulas, por lo que a la realidad convencional española respecta, son la escasez y la heterogeneidad, como demuestra el hecho de que sólo en algunos de los más de setenta acuerdos bilaterales españoles actualmente en vigor, se contemplen medidas encaminadas a tal fin. Un estudio sistemático de las mismas como el que pretendemos, aconseja su clasificación según se refieran a la adopción de la nacionalidad como criterio de sujeción al tributo, a la ampliación del concepto de residencia, o a la atribución de potestad tributaria que los CDI establecen¹⁵¹.

En cuanto a la primera opción, cabe hacer notar que una de las primeras medidas que pueden adoptarse consiste en la sustitución del criterio de sujeción al tributo, para evitar su hipotética elusión, exigiendo aquél a los particulares no ya por su residencia, sino por su nacionalidad. Concretamente, los CDI celebrados

148 En cuanto a la relación existente entre los artículos 87.4 y 88.3 TRLIS, con el artículo 17.1 del mismo cuerpo legal, se ha defendido que los primeros se erigen en normas especiales respecto al segundo, pues, aunque todos prevén idéntico efecto (la integración en la base imponible de las plusvalías correspondientes a los títulos que se beneficiaron del régimen especial), los primeros añaden la posibilidad de aplazar el impuesto si se prestan las oportunas garantías. Martín Jiménez, A. y Calderón Carrero, J.M.: "Los impuestos (...)". Ob.cit. p.70.

149 Idéntica conclusión puede sostenerse en relación con la Sociedad Anónima Europea, dado que las hipótesis susceptibles de producirse en esta sede coinciden con las expuestas con carácter general. Martín Jiménez, A. y Calderón Carrero, J.M.: "Los impuestos (...)". Ob.cit. p.74.

150 Sanz Clavijo, A.: "The European (...)". Ob.cit. p.377.

151 Bayona Giménez, J.J. y Navarro Faure, A.: Spanish national report. Ob.cit. pp.494 y ss.

por España con Bulgaria¹⁵², EEUU¹⁵³ y Filipinas¹⁵⁴ albergan una referencia expresa a la sujeción de las personas físicas en función de su nacionalidad. De conformidad con estas disposiciones, el cambio de residencia de un ciudadano de los tres anteriores países a España, no sería óbice para que el mismo continuara estando sujeto a gravamen en el Estado de la nacionalidad.

Con todo, aunque es cierto que la sustitución del criterio de la residencia por el de la nacionalidad permite evitar al Estado de la nacionalidad los posibles problemas resultantes del cambio de residencia por parte de sus nacionales, no lo es menos que la medida no está dirigida a preservar los derechos del Estado de la anterior residencia que, con frecuencia, podría no coincidir con el Estado de la nacionalidad¹⁵⁵. Además, si el objetivo es combatir la posible evasión fiscal, no parece que la sustitución del criterio de la residencia por el de la nacionalidad sea la solución, desde el momento en que el cambio de nacionalidad no resulta más difícil que el de la residencia. De hecho, lo que se arbitra en los CDI con EEUU y con Filipinas es un doble criterio de sujeción, yuxtaponiéndose el criterio de la nacionalidad al de la residencia, de modo que la elusión tributaria requiera simultáneamente el cambio de residencia y de nacionalidad.

Una segunda alternativa encaminada a luchar contra la eventual merma de ingresos que trae consigo el traslado de residencia de los particulares al extranjero, estriba en dificultar dicho cambio mediante la adopción de un concepto de residencia más amplio, a la vez que más difícil de eludir. Así se prevé en el CDI suscrito entre España y Bulgaria, sin perjuicio de que, como se ha señalado, el concepto de residencia se refiera al de nacionalidad. Nos hallamos ante una solución que encuentra acomodo en la mayoría de las redes convencionales de los Estados que utilizan la residencia como criterio de sujeción y que, a través de una cláusula genérica de remisión al ordenamiento interno de los Estados parte, se resuelve refiriendo

152 CDI entre España y la República Popular de Bulgaria, y Protocolo (BOE de 12 de julio de 1991). "Artículo 1. Ámbito subjetivo. 1. El presente Convenio se aplica a las personas residentes de uno o de ambos Estados contratantes. 2. A los efectos del presente Convenio se consideran residentes: a) En el caso de Bulgaria, las personas físicas que sean nacionales de la República Popular de Bulgaria y las personas jurídicas que tengan su oficina central en Bulgaria o que se hallen registradas allí; b) En el caso de España, las personas que en virtud de la legislación española estén sometidas a imposición en España por razón de su domicilio, residencia, sede de dirección o cualquier otro criterio de naturaleza análoga. 3. Cuando en virtud de las disposiciones del apartado 2 una persona sea residente en ambos Estados contratantes, se considerará residente del Estado con el que mantenga relaciones personales y económicas más estrechas (centro de intereses vitales). 4. Si no pudiera determinarse el Estado con el que dicha persona tiene el centro de sus intereses vitales, las autoridades competentes de los Estados contratantes resolverán el caso mediante acuerdo amistoso. (...)".

153 CDI entre el Reino de España y los Estados Unidos de América (BOE de 22 de diciembre de 1990). "Artículo 1. Ámbito general. 1. Este Convenio se aplica a las personas residentes de uno o de ambos Estados contratantes, salvo que en el propio Convenio se disponga otra cosa. (...) 3. No obstante, las disposiciones del Convenio excepto las contenidas en el apartado 4, un Estado contratante puede someter a imposición a sus residentes, y por razón de ciudadanía puede someter a imposición a sus ciudadanos, como si el Convenio no hubiese entrado en vigor".

154 CDI entre España y la República de Filipinas, y Protocolo (BOE de 15 de diciembre de 1994). "Artículo 8. Sin perjuicio de las disposiciones del presente Convenio, Filipinas se reserva el derecho de someter a imposición a sus nacionales residentes de España, respecto de sus rentas de fuentes fuera de Filipinas, de acuerdo con las disposiciones del párrafo f) de la sección 21 del Código Filipino del Impuesto sobre la Renta. Filipinas concede como deducción de la renta bruta la total cuantía del impuesto nacional sobre la renta efectivamente pagado en Filipinas como consecuencia de esta cláusula. Este párrafo dejará de aplicarse respecto de períodos impositivos que comiencen con posterioridad al último día del año civil en el que un Convenio concluido entre Filipinas y un tercer Estado, en el que Filipinas renuncie a su derecho de someter a imposición a sus nacionales residentes en ese Estado, entre en vigor".

155 Supongamos, por ejemplo, el cambio de residencia de un ciudadano estadounidense de Francia a España. En este caso, Francia podría perder el derecho a gravar sus ganancias patrimoniales, repartiéndose dicha potestad tributaria entre España y EEUU.

la residencia no ya sólo a la presencia física del individuo en su territorio, sino a la existencia en el mismo de algo mucho más vago como pueda ser su centro vital de intereses. De todas formas, la ampliación del concepto de residencia constituye una medida limitada en la lucha contra la elusión de los tributos mediante el cambio de residencia, por cuanto en última instancia el problema planteado giraría en torno a la dualidad de residencias que, en la mayor parte de los CDI, se soluciona con arreglo a los criterios diseñados en el artículo 4(2) CM OCDE.

Ahora bien, sin duda, los mayores esfuerzos en esta órbita se han realizado a través de la distribución del poder tributario de los Estados contratantes en el seno de los CDI. Atendida la estructura de los impuestos a la emigración y su principal objeto de gravamen, cuales son las ganancias patrimoniales y las pensiones, nos centraremos en estos dos elementos de la renta a fin de estudiar las cláusulas articuladas por los tratados españoles.

Es bien sabido que el artículo 13 CM OCDE contiene la regla general de reparto de la potestad tributaria en relación a las ganancias patrimoniales, en virtud de la cual es al Estado de residencia del contribuyente al que compete gravar los incrementos de patrimonio obtenidos por éste, a salvo de algunas especialidades previstas en atención a la naturaleza o al destino de los bienes transmitidos. En particular, al establecerse la competencia exclusiva del Estado de la residencia del transmitente para someter a tributación las ganancias derivadas de la enajenación de bienes muebles (al margen de los medios de transporte y siempre y cuando no formen parte de un establecimiento permanente), es precisamente en este supuesto donde el cambio de residencia del titular de los bienes puede tener consecuencias tributarias.

Observamos a este respecto, que la adopción de excepciones a esta regla puede suponer un primer límite, aunque no siempre buscado, a las intenciones de defraudación tributaria. Así sucede en numerosos¹⁵⁶ CDI firmados por nuestro país, en los que se atribuye al Estado donde los inmuebles radiquen el derecho a gravar las ganancias derivadas de la enajenación de acciones, participaciones u otros derechos en una entidad, cuyo activo consista principalmente, de manera directa o indirecta, en bienes inmuebles situados en un Estado contratante. Con semejante cláusula se pretende asemejar el tratamiento de las ganancias resultantes de bienes muebles, al que generalmente se reserva a las obtenidas como consecuencia de la enajenación de bienes inmuebles. Tal equiparación fiscal responde a la necesidad de impedir prácticas elusivas mediante la interposición de una sociedad¹⁵⁷, pero adviértase que también conlleva el efecto, seguramente involuntario, de privar de toda trascendencia tributaria al hipotético cambio de residencia del titular de las acciones.

Una segunda excepción a la regla enunciada, presente en algunos de los CDI españoles¹⁵⁸, reconoce al Estado en el que resida una sociedad el derecho a gravar las ganancias obtenidas por la enajenación de

156 Véanse los CDI suscritos por España con Arabia Saudí, Australia, Canadá, Colombia, Croacia, Corea, Chile, China, EEUU, Egipto, Emiratos Árabes Unidos, El Salvador, Eslovenia, Filipinas, Francia, Grecia, India, Irán, Irlanda, Islandia, Israel, Jamaica, Luxemburgo, Macedonia, Malasia, Malta, Moldavia, México, Noruega, Nueva Zelanda, Portugal, Rusia, Sudáfrica, Suecia (con especialidades), Tailandia, Trinidad y Tobago, URSS, Venezuela y Vietnam. Nótese que en algunos de estos Convenios se especifica el adverbio 'principalmente', concretándolo en un porcentaje superior al 50% de bienes inmuebles en el otro Estado contratante.

157 La elusión mencionada consistiría en la enajenación de las acciones de la sociedad propietaria de los bienes inmuebles, en vez de en la enajenación directa de dichos bienes, con la finalidad de tributar por la ganancia obtenida en el Estado de la residencia del titular de las acciones en lugar de en el Estado en que radican los bienes.

158 Véanse los CDI concluidos por España con Arabia Saudí, Bélgica, Corea, Egipto, EEUU, Francia, India, Irlanda, Islandia, Israel, México, Portugal, URSS (a excepción de Rusia) y Vietnam.

acciones, participaciones o derechos en la misma por parte de un titular, residente en el otro Estado. Se requiere, en este sentido, que en algún momento anterior a la enajenación, normalmente dentro de los doce meses anteriores¹⁵⁹, el particular hubiera detentado, directa o indirectamente¹⁶⁰, una participación sustancial en la sociedad, que suele concretarse en la titularidad de derechos representativos de al menos un 25% del capital¹⁶¹. Se ha de tener en cuenta, no obstante, que este derecho de gravamen por parte del Estado de residencia de la sociedad se condiciona en determinados casos a límites cuantitativos¹⁶². También en este supuesto la inclusión de la citada cláusula convencional pretende evitar prácticas elusivas y, en concreto, se orienta al sometimiento a gravamen, en el Estado de residencia de la sociedad, de los beneficios que pudieran derivarse de la transmisión de la misma, a la que se asimila la transmisión de acciones por quien ostenta una participación sustancial en ella. Sin embargo, aunque sea involuntariamente, se introduce de nuevo un obstáculo a la posible evasión fiscal mediante el cambio de residencia por parte de un individuo, en la medida en que se sustituye su residencia por otro criterio de sujeción, cual es el de la residencia de la sociedad.

En tercer y último lugar por lo que a las excepciones concierne, determinados CDI concluidos por España establecen como regla general la imposición por parte de los dos Estados contratantes de todas las ganancias resultantes de la enajenación de cualquier bien o derecho, que no deban ser gravadas en exclusiva por uno sólo de los Estados signatarios. En todos estos tratados la doble imposición suscitada se elimina mediante la concesión de una deducción por parte del Estado de residencia del particular, lo que equivale a decir que el gravamen se mantiene -como mínimo- en el Estado del que proviene la ganancia, privando por ello de cualquier efecto tributario al cambio de residencia que el individuo hubiera podido operar.

Junto a las medidas analizadas, existen otras deliberadamente previstas por los Estados para combatir los negativos efectos tributarios del cambio de residencia de las personas físicas, a cuyo examen nos dedicamos a continuación. La constatación del reducido¹⁶³ número de CDI españoles en cuyo articulado encontramos estas medidas, así como las notables diferencias que entre las mismas se aprecian, nos induce a pensar que todas ellas responden más bien a concesiones puntuales realizadas por nuestro país a favor de los otros Estados contratantes, y no en una política tributaria española al respecto en esta sede.

Debido a la heterogeneidad que presentan tales medidas, se ha considerado oportuno diferenciarlas en función de que supongan una modificación del propio concepto de residencia o de que, por el contrario, establezcan otro tipo de ampliación de la potestad tributaria. Dentro del primer grupo se incardina la medida del CDI suscrito con Suecia, según la cual, cuando una persona física sea residente en Suecia en base a la denominada "norma de los tres años" contenida en la legislación fiscal sueca, y sea también

159 No se hace mención a este plazo en los CDI suscritos por España con Francia, India y la URSS (a excepción de Rusia).

160 En el CDI hispano-francés se hace incluso referencia a la posible intervención de 'personas emparentadas', y en el CDI entre España y Portugal se alude a 'personas asociadas', para conseguir detentar la participación sustancial.

161 A título de especialidad, el porcentaje de participación mínimo requerido por el CDI entre España e India es del 10% del capital, mientras que en los CDI suscritos con Israel y Francia el porcentaje del 25% se refiere a los derechos de voto y a la participación de beneficios (o al capital), respectivamente. En el CDI entre España y Chile se alude a un porcentaje de dominio accionarial mínimo del 20%.

162 Los CDI celebrados por España con Israel y México fijan como límite del gravamen el 25% de la ganancia neta, mientras que el firmado con Corea establece como límite el 10% de la misma magnitud.

163 Véanse los CDI firmados por España con Canadá, EEUU, Noruega, Países Bajos y Suecia, respectivamente.

residente en España, las autoridades competentes de los Estados contratantes determinarán su residencia de común acuerdo¹⁶⁴. Así pues, Suecia se reserva, durante un determinado número de años, el derecho a seguir considerando residentes en su territorio y, por consiguiente, a someter a tributación las ganancias que obtengan aquellas personas que hayan cambiado su residencia al extranjero. Como veremos más adelante, lejos de implicar un mutuo reconocimiento de la exclusiva potestad sueca, la cláusula antedicha genera un problema de doble imposición no resuelto.

En cuanto al segundo grupo de medidas, dirigidas a extender la potestad tributaria del Estado en el que tuviera anteriormente su residencia el particular, debe destacarse por su significativo carácter comprensivo, la cláusula alojada en el CDI entre España y Canadá, conforme a la cual “un Estado contratante podrá gravar, de acuerdo con su legislación, las ganancias obtenidas por una persona física residente del otro Estado contratante y procedentes de la enajenación de un bien, cuando el transmitente: a) Posea la nacionalidad del primer Estado contratante o haya sido residente de este Estado, por lo menos, quince años antes de la enajenación del bien; b) Haya sido residente del primer Estado contratante en algún momento en los cinco años anteriores a dicha enajenación”¹⁶⁵. La ampliación de la potestad tributaria se condiciona, pues, a la concurrencia del doble requisito indicado. Asimismo, otros acuerdos bilaterales españoles incorporan cláusulas con una técnica similar, aunque prevén su aplicación sobre las ganancias derivadas de la transmisión de bienes cada vez más específicos. En esta línea, el CDI firmado con Noruega limita su proyección a los incrementos procedentes de la enajenación de acciones o derechos en una sociedad residente¹⁶⁶; el CDI celebrado con Países Bajos exige además que el particular detente una participación sustantiva en la sociedad¹⁶⁷; y el CDI entre Suecia y España añade a los anteriores requisitos la exigencia de que el activo de la sociedad consista principalmente en bienes inmuebles¹⁶⁸. Por su parte, el

164 Artículo 4.3 del CDI entre España y Suecia (BOE de 22 de enero de 1977).

165 Artículo 13.5 del CDI entre España y Canadá (BOE de 6 de febrero de 1981).

166 El artículo 13.6 del CDI entre España y Noruega (BOE de 10 de enero de 2001) dispone lo siguiente: “Las ganancias obtenidas por una persona física de un Estado contratante derivadas de la enajenación de acciones u otros derechos en una sociedad residente del otro Estado contratante, así como las ganancias derivadas de la enajenación de opciones u otros instrumentos financieros relacionados con dichas acciones o derechos, pueden someterse a imposición en ese otro Estado únicamente cuando el transmitente haya sido residente de ese otro Estado en cualquier momento durante un período de cinco años que preceda inmediatamente a la enajenación de las acciones, derechos, opciones o instrumentos financieros”.

167 El artículo 14.5 del CDI entre España y Países Bajos (BOE de 16 de octubre de 1972) señala que: “Las disposiciones del número 4 no afectarán a los derechos de cada uno de los Estados a gravar de acuerdo con su propia ley, las ganancias derivadas de la enajenación de acciones o bonos de disfrute de una sociedad cuyo capital esté dividido, total o parcialmente, en acciones y que sea residente de este Estado, siempre que las acciones o bonos de disfrute estén poseídos por una persona física que sea residente del otro Estado si: a) Es nacional del primer Estado sin ser nacional del último Estado; y, b) En el transcurso de los últimos cinco años anteriores a la venta de las acciones o bonos de disfrute haya sido residente del primer Estado, y, c) En el transcurso del mismo período haya poseído, directa o indirectamente, solo o con su esposa, y sus parientes en línea directa y en colateral hasta el segundo grado, al menos un tercio, siempre que además posea, solo o con su esposa, más del 7 por 100 del valor nominal de la parte de capital desembolsado de la citada sociedad”.

168 El artículo 13.5 del CDI entre España y Suecia para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y el capital, ya citado, reza como sigue: “Las disposiciones del primer apartado del párrafo 4 no afectarán al derecho de un Estado contratante a someter a imposición, de acuerdo con su propia legislación, cualquier ganancia derivada de la enajenación de acciones de una sociedad cuyo principal activo consiste en bienes inmuebles, siempre que el vendedor sea un residente del otro Estado contratante, que: a) Sea nacional del Estado contratante primeramente mencionado, sin ser nacional del otro Estado contratante; b) Haya sido residente del Estado contratante primeramente mencionado en cualquier momento durante un período de cinco años que preceda inmediatamente a la enajenación, y, c) En el momento de la enajenación, sólo o junto con alguna persona estrechamente relacionada, tuviera una influencia decisiva en la sociedad”.

tratado hispano-chileno posibilita el gravamen de tales ganancias patrimoniales en el Estado de residencia de la sociedad, si bien el impuesto aplicable no podrá exceder del 16% del importe de dicha ganancia¹⁶⁹.

Mención aparte merece la disposición contenida en el artículo 13.5 del CDI entre España y Turquía, en virtud de la cual cualquiera de los dos Estados contratantes podrá someter a imposición, conforme a su normativa interna, las ganancias obtenidas por un residente del otro Estado, derivadas de la enajenación de acciones o bonos emitidos por un residente del primer Estado, si la transmisión se efectúa a un residente del mismo y el período que media entre la adquisición y la enajenación no supera un año.

Surge entonces el interrogante de si la ampliación de la potestad tributaria de un Estado puede fundamentarse válidamente en la antigua residencia de una persona o, al contrario, requiere la presencia de alguna otra circunstancia para ser defendible. La cuestión encierra una relevancia práctica indudable, pues, si nos fijamos en la mencionada disposición del CDI hispano-canadiense, cualquiera de los dos podría someter a gravamen la ganancia resultante de la enajenación de un bien adquirido en un momento posterior al cambio de residencia, sin que resulte evidente la justificación del derecho del Estado de la antigua residencia.

Con el ánimo de evitar este tipo de soluciones, cuanto menos cuestionables, creemos conveniente mantener que el fundamento de la imposición por parte del Estado de la emigración se polariza, bien en el dato de que la ganancia ha sido generada total o parcialmente durante el período en que la residencia se mantuvo, o bien en el hecho de que el gravamen es consecuencia de ganancias pasadas que disfrutaron de una exención, un diferimiento en el gravamen o cualquier otro beneficio tributario. En otros términos, no parece que sea defendible un principio internacional de distribución de la potestad tributaria en virtud del cual la residencia pasada justifique el gravamen de cualquier ganancia presente, ni tampoco que la residencia presente justifique el gravamen de cualquier ganancia futura¹⁷⁰. De ello se colige la preferencia de establecimiento de impuestos de salida en sentido estricto (con la debida observancia de los presupuestos sentados por la jurisprudencia del TJCE, que asegure su compatibilidad con el Derecho Comunitario), en los que se exija al sujeto que cambia su residencia los tributos que hubieran podido devengarse hasta ese momento, ya sea mediante la extensión del concepto de residencia, ya a través de la modificación de la regla del criterio de reparto.

169 El artículo 13.4 del CDI entre España y Chile (BOE de 2 de febrero de 2004) dispone lo siguiente: "Las ganancias que un residente de un Estado contratante obtenga por la enajenación de acciones u otros derechos representativos del capital de una sociedad residente del otro Estado contratante, pueden someterse a imposición en ese otro Estado contratante si: a) Proviene de la enajenación de acciones cuyo valor se derive directa o indirectamente en más de un 50 por ciento de bienes inmuebles situados en el otro Estado contratante; o, b) El perceptor de la ganancia ha poseído, en cualquier momento dentro del período de doce meses precedentes a la enajenación, directa o indirectamente, acciones u otros derechos consistentes en un 20 por ciento o más del capital de esa sociedad.

Cualquier otra ganancia obtenida por un residente de un Estado contratante por la enajenación de acciones u otros derechos representativos del capital de una sociedad residente en el otro Estado contratante también pueden someterse a imposición en ese otro Estado contratante, pero el impuesto así exigido no podrá exceder del 16 por ciento del monto de la ganancia.

No obstante cualquier otra disposición de este párrafo, las ganancias de capital obtenidas por un fondo de pensiones que es residente de un Estado contratante proveniente de la enajenación de acciones u otros derechos representativos del capital de una sociedad que es residente del otro Estado contratante, serán gravadas únicamente en el Estado contratante mencionado en primer lugar".

170 Bayona Giménez, J.J. y Navarro Faure, A.: Spanish national report. Ob.cit. p.501.

De entre los tratados bilaterales españoles, únicamente el CDI firmado con EEUU alberga un impuesto de salida propiamente dicho, al disponer su apartado 10.b del Protocolo que: “En relación con el apartado 3¹⁷¹, se entenderá que las ganancias derivadas de la enajenación de bienes muebles afectos a un establecimiento permanente que una empresa de un Estado contratante tenga o haya tenido en el otro Estado contratante y que se retiren de ese Estado contratante, pueden someterse a imposición en ese otro Estado contratante con arreglo a su legislación, pero solamente respecto de las ganancias originadas hasta el momento de la salida del bien de su territorio, y pueden también someterse a imposición en el Estado contratante mencionado en primer lugar con arreglo a su legislación, pero sólo con respecto a las ganancias originadas con posterioridad a esa salida”.

Tomando en consideración las observaciones efectuadas hasta este punto, reconocemos que el diseño de impuestos a la emigración y, en particular, impuestos de salida *stricto sensu*, puede comportar algunos problemas a los que, sin embargo, cabe dar oportuna solución. En efecto, el posible problema de iliquidez del contribuyente, suponiendo que el *exit tax* recayera sobre ganancias patrimoniales no realizadas, podría soslayarse por la vía de diferir el pago del impuesto liquidado hasta el momento de efectiva obtención de la ganancia. Por otra parte, en la hipótesis de que el incremento patrimonial por el que se ha liquidado el impuesto (se hubiera cobrado éste o se hubiera diferido su cobro) no llegara a realizarse, por haber tenido lugar la enajenación por un importe inferior al valor atribuido en la fecha del cambio de residencia, la solución propuesta, como ya avanzamos, podría consistir en atribuir carácter provisional a la primera liquidación, devolviendo en su caso el exceso de impuesto que pudiera haberse cobrado, conforme a la liquidación definitiva. Aún así, la controversia podría pervivir, por ejemplo, en el supuesto en el que se produjeran dos cambios consecutivos de residencia, liquidándose con carácter provisional dos ganancias patrimoniales que en su conjunto fueran inferiores a la ganancia finalmente obtenida¹⁷².

Centrándonos ahora en el tema de las pensiones, cabe subrayar que la mayoría de los CDI españoles observan la regla general de distribución de la potestad tributaria, prevista en el artículo 18 CM OCDE, de acuerdo con la cual compete al Estado de residencia gravar las pensiones que no sean públicas, en comparación con las que presentan carácter público, que serán sometidas a tributación por parte del Estado que las satisface¹⁷³. En lo que a nosotros nos interesa, es el gravamen de las pensiones que no sean públicas el que puede verse afectado por el cambio de residencia de su perceptor.

171 El tenor de dicho apartado 3, del artículo 13 de ese mismo Convenio, reza como sigue: “Las ganancias derivadas de la enajenación de bienes muebles que estén afectos a un establecimiento permanente que una empresa de un Estado contratante tenga o haya tenido en el otro Estado contratante, o que estén afectos a una base fija de la cual un residente de un Estado contratante disponga o haya dispuesto en el otro Estado contratante para la prestación de servicios personales independientes, y las ganancias de la enajenación de tal establecimiento permanente (sólo o con la totalidad de la empresa), o de tal base fija, pueden someterse a imposición en ese otro Estado”.

172 Supongamos que un individuo adquiere por 100 unidades monetarias unas acciones, siendo residente en España. Cambia de residencia a Francia cuando las acciones cotizan a 150 unidades monetarias y posteriormente a Alemania cuando las acciones cotizan a 200 unidades. Finalmente, vende las acciones por 120 unidades monetarias. ¿Qué Estado tendrá derecho a gravar la ganancia que efectivamente ha obtenido el individuo? Bayona Giménez, J.J. y Navarro Faure, A.: Spanish national report. Ob.cit. p.502.

173 Salvo que el perceptor sea nacional del Estado de la residencia y no haya adquirido la condición de residente solamente para prestar los servicios, en cuyo caso el gravamen correspondería a este Estado.

Esta última idea enlaza con el hecho de que, si bien el concepto de pensión pública suele aparecer ligado a que el origen de la misma sea el desempeño de un empleo o cargo en la función pública, son varios los CDI suscritos por España que extienden este tratamiento a todas las pensiones satisfechas por la Seguridad social¹⁷⁴, lo que podríamos considerar una medida no deliberada contra los efectos tributarios del cambio de residencia. Por otro lado, se advierte que sólo dos CDI firmados por nuestro país confieren la potestad de gravar las pensiones privadas al Estado de la residencia y al Estado de la fuente, simultáneamente, excepcionando la regla general. Ocurre así en los acuerdos bilaterales celebrados con Canadá¹⁷⁵ y Brasil¹⁷⁶ (en este último caso a condición de que se supere una determinada cuantía), lo que propicia una indeseable situación de doble imposición internacional no siempre resuelta.

Finalmente, procede examinar las medidas arbitradas en los CDI españoles a fin de suprimir o paliar la doble imposición causada por las cláusulas comprensivas de impuestos a la emigración, antes apuntadas. A este respecto, cabe afirmar que la inmensa mayoría de los acuerdos bilaterales suscritos por nuestro país impone al Estado de la residencia el deber de eliminar la doble imposición mediante la concesión de la deducción del impuesto pagado¹⁷⁷ en el otro Estado¹⁷⁸, con el límite máximo del importe que en el primero se hubiera exigido. Sólo en dos CDI se invierte dicha regla general para establecer, a cargo del Estado de la fuente o de la nacionalidad, la obligación de eliminar la doble imposición internacional. En concreto, en el CDI hispano-sueco, la medida afecta a las pensiones satisfechas por la Seguridad social y a las ganancias obtenidas por antiguos residentes por la enajenación de acciones en una sociedad, en la que tuvieran una participación decisiva y cuyo activo consista principalmente en bienes inmuebles. En el CDI celebrado entre España y Filipinas, la medida se proyecta sobre el derecho a gravar a sus nacionales residentes en España, respecto a sus rentas de fuentes situadas fuera de Filipinas, que se reservó dicho Estado, como ya reseñamos. Por último, conviene recordar que el CDI suscrito con Canadá, que comprende una amplia cláusula de extensión de la potestad tributaria a favor del Estado de la emigración, no prevé ningún mecanismo para evitar la doble imposición que dicha medida genera.

174 Véanse los CDI firmados con EEUU, Filipinas, Indonesia, Luxemburgo, Noruega y Suecia. En este último supuesto la medida se extiende a los pagos derivados de una pensión por razón de un seguro de vida concertado en un Estado contratante.

175 El artículo 18 del citado Convenio establece lo siguiente: "1. Las pensiones y las anualidades procedentes de un Estado contratante y pagadas a un residente del otro Estado contratante pueden someterse a imposición en este último Estado. 2. Las pensiones procedentes de un Estado contratante y pagadas a un residente del otro Estado contratante pueden someterse a imposición en el Estado de donde provienen y según la legislación de este Estado. En todo caso, para los pagos periódicos de una pensión, el impuesto así establecido no puede exceder de la menor de las dos cantidades siguientes: a) 15 por 100 del importe bruto del pago; o, b) El porcentaje calculado en función del importe del impuesto que el beneficiario debiera pagar al año si hubiera sido residente del Estado contratante de donde proviene el pago, tomando en cuenta el total de las pensiones percibidas en tal período. (...)".

176 El artículo 18 del Convenio reseñado dispone que: "1. Sin perjuicio de las disposiciones del artículo 19, las pensiones y otras remuneraciones similares que no excedan de un importe equivalente a US dólares 3.000 en el año natural, pagadas a un residente de un Estado contratante, podrán someterse a imposición solamente en este Estado. La parte que exceda de aquel límite puede someterse a imposición en ambos Estados contratantes".

177 Algunos CDI posibilitan igualmente la deducción aun cuando se haya gozado de determinadas exenciones o beneficios fiscales en el otro Estado.

178 El CDI entre España y EEUU contiene una fórmula algo diferente, señalando en su artículo 24 que: "En el caso de una persona física con ciudadanía estadounidense residente en España, las rentas que puedan someterse a imposición en los Estados Unidos por razón de ciudadanía con arreglo a las disposiciones del apartado 3 del artículo 1 (ámbito general) se considerarán obtenidas en España en la medida necesaria para evitar la doble imposición, siempre que la cuantía del impuesto pagado en los Estados Unidos no sea inferior en ningún caso a la que se hubiera pagado si no se tratara de una persona física con ciudadanía en los Estados Unidos".

En definitiva, el estudio acometido permite corroborar que pocos avances ha experimentado esta materia en sede convencional durante la última década. La heterogeneidad de las medidas tendentes a luchar contra las negativas consecuencias de los cambios de residencia a otro Estado por parte de las personas físicas, que aparecen diseminadas en algunos CDI españoles motiva que insistamos, una vez más, en la falta de toma de conciencia de nuestro país en cuanto a la problemática que nos ocupa que, sin embargo, sí ha sido combatida desde la legislación interna española, extralimitándose incluso en sus atribuciones, como ya denunciábamos.

5. Posibles soluciones y perspectivas de futuro.

A estas alturas del camino, podríamos plantearnos si realmente son necesarios los impuestos a la emigración, habida cuenta de la controversia que su aplicación suscita. Es cierto que la existencia de mecanismos supranacionales de cooperación inter-administrativa entre los Estados miembros favorece, sin duda, la mayor agilidad y celeridad de la imposición en situaciones transfronterizas, si bien no cabe olvidar la necesaria limitación de su ámbito de aplicación, circunscrito exclusivamente a la órbita europea.

Por otra parte, debe pensarse, asimismo, que la completa supresión de los impuestos de salida por parte de los Estados resulta improbable sin la correlativa adopción de medidas encaminadas a compensar la pérdida de ingresos consiguiente, de modo que la solución de una problemática implicaría el nacimiento de otra, ciertamente de distinta naturaleza, pero de indudable repercusión sobre los contribuyentes. Tales reflexiones y, especialmente, el hecho de que ni el Derecho Internacional Tributario ni el Derecho Comunitario -conforme a la interpretación del TJCE-, prevean un principio en virtud del cual se proscriba de manera absoluta y categórica la imposición a la emigración, nos permite concluir su válida exigencia, condicionada eso sí al cumplimiento de determinados requisitos, siendo varias las posibles soluciones susceptibles de adoptarse en un futuro próximo.

Como es lógico, puede darse el caso de que un impuesto de salida cumpla los presupuestos requeridos por la jurisprudencia comunitaria pero, sin embargo, plantee serias dudas de compatibilidad en términos de coherencia internacional. Recapitulando lo ya expuesto, consideramos que la subsistencia de los *exit taxes* resulta defendible en el terreno internacional, siempre y cuando se respeten las recíprocas obligaciones convencionales asumidas por los Estados contratantes. Carácter insólito reviste en este debate el apartado III del Protocolo al CDI entre España y Moldavia¹⁷⁹ que, en referencia al artículo 13, prohíbe gravar en concepto de ganancia presunta, cuando una persona física se convierta en residente de un Estado contratante habiendo sido inmediatamente antes residente del otro Estado contratante, aquellas ganancias patrimoniales que no se deriven de la efectiva enajenación de bienes de dicho particular.

En la hipótesis de que el convenio en cuestión observe el *dictum* del artículo 13(5) CM OCDE, deberá haberse formulado la correspondiente reserva al efecto, o bien haberse introducido una cláusula similar a la prevista en el CM ONU, además de garantizarse la oportuna eliminación de la posible doble imposición generada. En caso contrario, entendemos que los impuestos de este tipo exaccionados por el Estado de la emigración vulnerarían en esencia el Derecho Internacional Tributario. Nótese, además, que la inclusión de los *exit taxes* en los CDI solventa posibles situaciones de abuso, en las que un particular cambia su

179 Protocolo al CDI entre el Reino de España y la República de Moldavia (BOE de 11 de abril de 2009).

residencia a otro Estado, donde permanece un corto espacio de tiempo como residente con el único fin de realizar el valor de los títulos, para posteriormente adquirir la residencia en un tercer Estado, a extramuros de la UE, donde no operan los mecanismos comunitarios de intercambio de información y asistencia recaudatoria.

En este orden de ideas, podríamos asistir también a la situación inversa, pues dado que el Derecho Comunitario consagra específicamente la libertad de establecimiento como una de las piedras angulares para construir una verdadera integración económica entre los Estados miembros, es más probable que los impuestos de salida violen los postulados comunitarios, en comparación con las eventuales contravenciones del más amplio y genérico Derecho Internacional Tributario.

Centrándonos en el plano comunitario, cabe destacar que el TJCE no ha prohibido los impuestos a la emigración en ninguno de sus pronunciamientos, pese a declarar la inadecuación de algunas de sus reglas de desarrollo, e incluso ha llegado a admitir, al hilo del Caso *N*, el argumento de un justo reparto de soberanía tributaria entre los Estados implicados, como justificación válida de tales impuestos, a condición de que éstos superen las exigencias de proporcionalidad en lo que a su configuración respecta. En este sentido, aunque una interpretación estricta de las libertades fundamentales se opone a la exacción de impuestos de salida tal y como hasta ahora se han diseñado, lo cierto es que la imposición a la emigración no resulta irracional en sí misma desde la perspectiva del principio de territorialidad y de la equitativa distribución de la potestad tributaria¹⁸⁰ entre los Estados miembros. Además, según ha reconocido el TJCE, los *exit taxes* pueden también orientarse legítimamente a combatir el fraude fiscal, en la medida en que la cláusula a través de la cual se articulen sea suficientemente precisa y asimismo las disposiciones que la dotan de aplicación se reputen proporcionadas para alcanzar el fin propuesto.

De acuerdo con tales premisas, estimamos conveniente esbozar algunas soluciones posibles en este campo, a modo de conclusión. A nuestro juicio, una primera opción radicaría en mantener como tales los impuestos a la emigración y, en concreto, los que se erigen en paradigmáticos en esta sede, cuales son los que recaen sobre las ganancias patrimoniales todavía no realizadas y sobre las pensiones, si bien acometiendo las modificaciones impuestas por la jurisprudencia del Alto Tribunal para acomodar su estructura y características al Derecho Comunitario. Ello exigiría, como es obvio, transformar los gravámenes ya existentes en los ordenamientos nacionales, con el objetivo de garantizar que los mismos no comportan una imposición inmediata, así como que se asegura el diferimiento de su pago de manera automática e incondicionada y, por supuesto, sin que se devengue interés alguno. Al mismo tiempo, debería tenerse en cuenta la posible disminución de valor ulterior de los activos, previa a su enajenación, así como la necesidad de erradicar la doble imposición internacional que, en su caso, pudiera suscitarse como consecuencia del gravamen exigido en el país de destino. En esta línea deberían situarse, igualmente, los Estados miembros que prevén *trailing taxes*, como ocurre con España, a través de la introducción de los cambios legislativos que ya señalamos, como única vía posible para conservar estas figuras con pleno respeto a los principios y libertades de los ciudadanos comunitarios.

La medida consistente en una '*re-entry charge*', apuntada por el Tribunal de Luxemburgo como alternativa al *exit tax* francés en *de Lasteyrie* y enteramente concebida como cláusula antievasión fiscal, se presenta en nuestra opinión como un cauce viable aunque no exento de problemas. La posibilidad de someter a

180 De Broe, L.: "The relevance (...)". Ob.cit. p.117.

tributación a antiguos residentes cuando, tras una breve permanencia en el extranjero durante la cual obtienen un incremento patrimonial, vuelven a adquirir la residencia en el primer Estado, supone atribuir a la imposición nacional una eficacia extraterritorial¹⁸¹, bien entendido que el hecho imponible vendría integrado por la enajenación de los títulos y posterior obtención de la ganancia de capital en el territorio de otro Estado. Imaginamos que quienes abogan por esta solución pretenden configurar como hecho imponible del *exit tax*, de nuevo, la futura obtención efectiva de tales plusvalías, sólo latentes en el momento en que se opera el cambio de residencia de uno a otro Estado. Pero aún así, la medida sugerida tropieza con el obstáculo de determinar qué período de tiempo¹⁸² debe considerarse adecuado para activar dicho impuesto. La previsión de cinco años en la legislación inglesa parece razonable aun cuando, por estar diseñada como cláusula anti-abuso, conllevará a buen seguro aplicaciones no deseadas sobre contribuyentes que, pese a reunir los requisitos contemplados, no pretendieran eludir fiscalmente.

Por este motivo, nos reafirmamos en considerar como más adecuada la primera opción, dado que, una vez acometida su conveniente reforma, la exacción mediata de tales *exit taxes* se verá facilitada por las Directivas europeas en materia de intercambio de información y asistencia recaudatoria. Estamos convencidos de que la solución a la problemática causada por los impuestos a la emigración sólo puede resolverse mediante una cooperación más estrecha entre los diferentes Estados, a la espera de la deseable armonización comunitaria en esta sede. No faltan propuestas doctrinales en esta dirección, que inciden bien en la instauración de una Directiva que traslade la solución de este tema a los propios Estados, a través de la posibilidad de que las respectivas deudas tributarias resultantes de estos impuestos sean compensadas entre ellos al final del ejercicio¹⁸³, bien en la adopción de una Directiva, con base en la cual las ganancias patrimoniales ficticias serían gravadas por el Estado de la residencia, compartiéndose ulteriormente los ingresos entre ambos Estados¹⁸⁴.

No comprendemos, así las cosas, por qué los Estados miembros -y, en particular, España-, se muestran reacios a acompasar sus normativas sobre impuestos a la emigración a las exigencias de la jurisprudencia del TJCE, pues, aunque sería positiva una actuación al unísono de las instituciones europeas en esta materia, no es menos cierto que existen ya pautas incuestionables tanto en el ámbito comunitario cuanto en la órbita internacional, a cuyo respeto queda condicionada la legítima exacción de estos impuestos.



181 Van Arendonk, H.: "Hughes (...)". Ob.cit. p.194.

182 De Broe, L.: "Hard times (...)". Ob.cit. p.229.

183 Terra, B.J.M. y Wattel, P.: "European Tax Law", Kluwer Law International, 2001, p.70.

184 Kotanidis, S.: "French (...)". Ob.cit. p.382.